RICHARD A. POSNER

JURIS-PRUDEN-CIJOS

PROBLEMOS

ALK • EUGRIMAS

RICHARD A. POSNER

JURISPRUDENCIJOS PROBLEMOS

RICHARD A. POSNER

JURISPRUDENCIJOS PROBLEMOS

Iš anglų kalbos vertė
AUDRIUS PAKSAS
MICHAIL CVELICH
TOMAS GULBINAS

VILNIUS • EUGRIMAS • 2004

UDK 340.12
Po198

Versta iš:
Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence, Harward University Press,
Cambridge, Massachusetts London, England, 1990

Iš anglų kalbos vertė:
Audrius Paksas (Pratarmė, 8, 12 (kartu su M. Cvelich), 14, 15 skyriai),
Tomas Gulbinas (Įvadas, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 skyriai),
Michail Cvelich (9, 10, 11, 12 (kartu su A. Paksu) skyriai)

Leidinys išleistas su Atviros Lietuvos fondo
ir Atviros visuomenės instituto Budapešte
Vertimų projekto parama

This edition published with support from the Open Society
Fund-Lithuania, and from the CEU Translation Project
of the Open Society Institute-Budapest

ISSN 1392-1673
ISBN 9955-501-60-X

Paului M. Batorui

ATMINTI

TURINYS

Pratarmė

Jurisprudencija aš vadinu fundamentaliausią, bendriausią ir teoriškiausią socialinio fenomeno, vadinamo „teise", tyrinėjimo lygmenį. Ji nuodugniai nagrinėja problemas ir perspektyvas, kurios yra tolimos nuo kasdienių teisės praktikų rūpesčių: problemas, kurios negali būti išspręstos pasinaudojant įprasta teisine medžiaga; idėjas, kurios negali būti paverstos teisės doktrinomis arba teisine argumentacija. Daugelis jurisprudencijos nagrinėjamų problemų peržengia doktrinines, laiko ir nacionalines ribas.

„Filosofija" mes vadiname tai, kas nagrinėja fundamentalius klausimus, todėl tradicinis jurisprudencijos kaip teisės filosofijos arba kaip filosofijos taikymo teisei apibrėžimas *prima facie* yra tinkamas. Jurisprudencijos nagrinėjamos problemos apima: klausimą, ar teisė yra objektyvi (iš anksto nustatyta, nepriklausanti nuo žmonių valios) ir autonomiška, o ne politiška ir personalizuota, o jei taip – kokia prasme; teismų vykdomo teisingumo prasmę; prideramą ir faktinį teisėjų vaidmenį; diskrecijos vaidmenį teisėjams priimant sprendimus; teisės kilmę; socialinių mokslų ir moralinės filosofijos vietą teisėje; tradicijos vaidmenį teisėje; galimybę padaryti teisę mokslu; klausimą, ar teisė progresuoja; teisinių tekstų interpretavimo problemas.

Visa tai – pavyzdžiai to, ką galima pavadinti „didelėmis" jurisprudencijos problemomis, atskiriant jas nuo tokių „mažų" problemų kaip filosofiniai už ir prieš argumentai dėl abortų ar mirties bausmės uždraudimo, arba dėl pareigos atlyginti žalą nustačius, kad nesuteikta pagalba nepažįstamajam. Mažos problemos yra ne mažiau vertos dėmesio, netgi ne mažiau fundamentalios nei didelės; jos tik yra siauresnio pobūdžio. Riba tarp jų yra tiek pat neaiški, kiek ir nesvarbi, ir ji šioje knygoje bus dažnai peržengiama – pavyzdžiui, 5 skyriuje nagrinėjant psichinę būseną, kurios reikia baudžiamajai atsakomybei nustatyti, bei skirtumą tarp savanoriško ir nesavanoriško prisipažinimo; 6 skyriuje nagrinėjant teisinio įrodinėjimo problemą; 9 skyriuje nagrinėjant teigiamą elgesį; 11 skyriuje nagrinėjant abortą; 15 skyriuje nagrinėjant žodžio laisvę. Kita vertus, manau, jog filosofija turi mažiau ką pasiūlyti dėl mažųjų jurisprudencijos problemų sprendimo nei dėl didžiųjų (žr. 11 skyriaus paskutinį poskyrį).

Svarbiausios priemonės, kuriomis aš naudojuosi nagrinėdamas tiek dideles, tiek ir mažas jurisprudencijos problemas, priklauso analitinei filosofijai, nagrinėjančiai „normatyvines problemas apie priežastis ir aiškinimą" (L. Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy*, p. 11, 1986). Nors savo tyrimuose naudo-

juosi ir moraline bei politine filosofija, analitinio požiūrio akcentavimas klausimą apie teisės objektyvumą daro svarbiausią. Iš pat pradžių noriu aiškiai pasakyti, kad esu filosofijos vartotojas, o ne kūrėjas. Aš nesiekiu nei konkuruoti su profesionaliais filosofais, nei užimti tam tikrą poziciją filosofiniuose debatuose; aš tik pasiremiu filosofija tada, kai tai naudinga teisės problemoms aiškinti. Kita vertus, kartais tai verčia mane parodyti, kurią iš konkuruojančių filosofinių nuostatų tam tikru klausimu laikau labiau įtikinama.

Dvasią, kurioje aš nagrinėju jurisprudencijos problemas, perteikia įrašas, kurį Williamas Butleris Yeatsas sukūrė savo paminkliniam akmeniui:

Pažvelk šaltai
į gyvenimą, į mirtį,
raiteli, prajodamas!

„Šaltai" Yeatsui nereiškia šaltumo, susijusio su indiferentiškumu arba priešiškumu, nes kūrinyje „The Wild Swans at Coole" apie gulbes skaitome: „viena po kitos, / Jos plaukioja šaltyje / Glaudžia eile arba kyla į dangų." Tai yra išsiskyrimo šaltis – aiškiai jaučiamas, realus, tačiau aistringas išsiskyrimas, kaip šiose eilutėse iš „The Fisherman":

Prieš man pasenstant
Aš jam parašiau vieną
Poemą, galbūt tokią šaltą
Ir aistringą kaip aušra.

Aš mėginu nagrinėti jurisprudencijos problemas su Yeatso rekomenduotu šaltumu ir todėl be iškreiptos pagarbos ir žavėjimosi, kas yra *de rigueur* daugelyje pasisakymų apie teisę. Aš pasisakau už jurisprudenciją, kuri yra kritiška formalizmo (švelniau tariant – tradicinio legalizmo) atžvilgiu ir kuri turi bendrų sąsajų su teisiniu realizmu, atskirtu nuo šiai krypčiai būdingos politinės linijos, einančios kairėn nuo centro, bei jos nulemto rezultato. Tai yra jurisprudencija, kuri, kaip ir teisinis realizmas, grindžiama pragmatizmo filosofija (ir ne tik ja), tačiau kuri, kitaip nei kai kurios teisinio realizmo versijos, siekia demitologizuoti teisę nei ją juodindama, nei garbindama.

Aš mėginau mintis dėstyti kaip galima paprasčiau, vartodamas kaip galima mažiau teisinio ir filosofinio žargono. Nėra jokių priežasčių, kodėl įdomus jurisprudencijos dalykas turėtų būti uždara sritis nedidelio būrio akademinio sluoksnio teisininkų, kurie specializuojasi joje. Ji turėtų būti įdomi visiems teisininkams bei teisės studentams, kaip ir vis didesniam filosofų, ekonomistų, politologų, sociologų, psichologų ir istorikų, besidominčių teise ir teisingumu, būriui. Kadangi tai yra knyga ne apie jurisprudencijos mokslą, bet apie problemas, kurias šis mokslas nagrinėja, skaitytojas neturėtų laukti išsamaus jurisprudencijos klasikos nagrinėjimo. Aš taip pat neaptariu visų jurisprudencijos problemų, nors paliečiu jų pakankamai, kad knygos pavadinimas būtų vertas tokio, koks yra. Kita vertus, kartais tas palietimas yra švelnus, ir galbūt tikrasis pavadinimas galėtų būti *The Problems of Jurisprudence as I See Them* (Jurisprudencijos problemos mano akimis).

Mano susidomėjimas jurisprudencija atsirado prieš daugelį metų. Aštuntąjį dešimtmetį pradėjau rašyti apie Benthamo puolimą prieš Blackstone'ą, apie normatyvinius teisės ekonominės analizės pagrindus, apie teisės šaknis keršte bei apie baudžiamąjį teisingumą. 1981 metais tapęs teisėju, savaime suprantama, susidomėjau teismo proceso objektyvumo klausimu ir jis šioje knygoje užima svarbiausią vietą. Mano požiūris šiuo klausimu išdėstytas straipsnyje „The Jurisprudence of Skepticism", 86 *Michigan Law Review*, p. 827 (1988), ir šioje knygoje aš pakartoju to straipsnio atskiras dalis kartu su ištraukomis iš keleto kitų straipsnių: „The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law", 10 *Journal of Legal Studies*, p. 187 (1981), 1981 The University of Chicago; „Lawyers and Philosophers: Ackerman and Others", 1981 *American Bar Foundation Research Journal*, p. 231, 1981 American Bar Foundation; „Wealth Maximization Revisited", 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, p. 85 (1985), 1985 Thomas J. White Center on Law & Government, University of Notre Dame; „The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987", 100 *Harvard Law Review*, p. 761 (1987), 1987 The Harvard Law Review Association; „Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", 37 *Case Western Reserve Law Review*, p. 179 (1987), 1987 Case Western Reserve University; „The Law and Economics Movement", 77 *American Economic Review Papers and Proceedings*, p. 1 (1987-ųjų gegužė), American Economic Association 1987; „Conventionalism: The Key to Law as an Autonomous Discipline?", 38 *University of Toronto Law Journal*, p. 333 (1988), University of Toronto Press 1988; „Conservative Feminism", 1989 *University of Chicago Law Forum*, p. 191, 1989 The University of Chicago. Kita vertus, ši knyga yra beveik visai nauja, o jos anksčiau publikuotos atskiros dalys yra iš esmės peržiūrėtos ir naujai išdėstytos.

Ištraukos iš kūrinių „A Coat", „The Fisherman" ir „Under Ben Bulben" yra išspausdintos, gavus Macmillan leidyklos sutikimą, iš leidinio *Collected Poems of W.B. Yeats* (Macmillan leidyklos 1916, 1919 m. leidimų autorių teisės), kurį 1944, 1947 m. atnaujino Bertha Georgie Yeats, taip pat 1940 m. leidimo (jo autorių teisės priklausė Georgie Yeatsui), kurį 1968 m. atnaujino Bertha Georgie Yeats, Michaelis Butleris Yeatsas ir Anne Yeats.

Aš esu nepaprastai dėkingas už pagalbą rengiant šią knygą, kokia ji yra dabar. Ricardas Barrera, Jamesas Taggartas, Catherine Van Horn, Darren Fortunato, Laura Neebling, Adamas Pritchardas, Barbara Smith, Stevenas Hetcheris ir Philipas Clarkas daug padėjo atliekant tyrimus. Ronaldas Allenas, Dennisas Blackas, Stevenas Burtonas, Frankas Easterbrookas, Williamas Eskridge'as, Robertas Fergusonas, Davidas Friedmanas, Robertas Fullinwideris, Linda Hirschman, Stephenas Holmesas, Davidas Lubanas, Stephenas McAllisteris, Ericas Posneris, Margaret Radin, Eva Saks, George'as Stigleris, Stephenas Stigleris, Davidas Straussas, Lloydas Weinrebas, Robinas Westas bei anoniminis Harvard University Press leidyklos recenzentas pateikė vertingų pastabų dėl rankraščio; už tą patį esu dėkingas Čikagos universitete vykusio seminaro „Šiuolaikinė socialinė ir politinė teorija" bei Merilendo universitete vykusio seminaro „Teisės teorija" dalyviams. Lawrence'o Lessigo, Franko Michelmano ir Marthos Minow išsamios ir provo-

kuojančios pastabos nusipelno išskirtinės padėkos, taip pat kaip ir Alberto Alschulerio ryžtingos pastangos pastabomis ir susirašinėjimu gelbstint mane nuo klaidos; Michaelio Aronsono, Harvard University Press leidyklos vyriausiojo redaktoriaus, pastabos, pagalba bei išmintingi patarimai; Elizabeth Gretz preciziškas ir skrupulingas redagavimas. Filosofai Danielis Brudney, Jonathanas Cohenas, Julesas Colemanas, Michaelis Corrado ir Russellas Hardinas maloniai sutiko perskaityti visą rankraštį arba atskiras jo dalis ir nurodė klaidas; Brudney pastabos lėmė esminius pakeitimus keliuose skyriuose. Ronaldui Allenui ir Stevenui Burtonui esu dėkingas už naudingus pokalbius knygoje nagrinėjamais klausimais, o Cassui Sunsteinui esu ypač dėkingas už išsamias pastabas bei daugybę pokalbių, kurie privertė iš esmės peržiūrėti rankraštį.

Mano paskutinė padėka a. a. Pauliui Batorui, kuris, recenzuodamas ankstesnę mano knygą, pavadino mane „sunkiai matomos ir neįtikinamos epistemologijos belaisviu" („The Judicial Universe of Judge Richard Posner", 52 *University of Chicago Law Review*, p. 1146, 1161 [1985]). Aš priėmiau tai kaip vertą dėmesio komplimentą, kuris paskatino mane nagrinėti jurisprudencijos problemas kur kas giliau nei kada nors tikėjausi tai daryti. Be to, pokalbiai su profesoriumi Batoru padėjo atidžiau atsirinkti knygos temas bei išvengti nemažai pavojų.

ĮVADAS

Teisės atsiradimas ir jurisprudencijos iškilimas

Jurisprudencija kelia tokius klausimus apie teisę, kurie išsilavinusiam, filosofuoti linkusiam žmogui – neteisininkui – gali atrodyti ypač įdomūs. Kas yra teisė? Taisyklių sistema? Taisyklių sistema, papildyta teismo nuožiūra? Principų sistema? O gal ji tėra susisteminta viešoji nuomonė? Ar teisė yra daiktas, objektas, sąvoka, ir jeigu ne, tai ar pirminis klausimas („Kas yra teisė?") netampa beprasmis? Iš kur atsiranda teisė? Ar galima teisė be teisininkų ir teisėjų? Ar galima pažanga teisėje? Kaip galime žinoti, ar teisinis klausimas buvo išspręstas teisingai? Kas yra teisės „pažinimo" objektas? Kokios yra būtinos arba pakankamos teisės objektyvumo sąlygos? Ar teisė apskritai turi siekti objektyvumo? Ar teisiniai faktai gali būti verifikuoti? Ar egzistuoja specifinė *teisinio* protavimo forma, ar veikiau ji yra tapati kuriai nors kitai formai, pavyzdžiui, moralinio arba ekonominio protavimo formai? Ar teisė yra autonominė disciplina? Kuo ji skiriasi, jeigu skiriasi, nuo politikos? Ar baudžiamoji teisė postuluoja sąmonės egzistavimą? Laisvos valios egzistavimą? Ar žodžio laisvės gynėjas turi pripažinti tiesos egzistavimą? Ar objektyvi įstatymų ir konstitucijų interpretacija nėra tik iliuzija? Kokia yra teisės paskirtis? Kokie yra gerai veikiančios teisės sistemos požymiai? Ar teisė yra mokslas? Humanitarinė disciplina? Arba galbūt nei viena, nei kita? Jeigu teisė yra pakankamai ydinga, ar ji nustoja būti teise? Ar „teisė" reiškia tą patį dalyką visuose šiuose klausimuose, ir jeigu ne, tai kokias reikšmes turi šis žodis? Teisininkas praktikas arba teisėjas šio pobūdžio klausimus bus linkęs traktuoti geriausiu atveju kaip neturinčius reikšmės tam, ką jis daro, arba, blogiausiu atveju, kaip nepraktiškus, net kaip vaikiškus.[1] Abejonės to-

[1] Palyginkime čia išvardytus klausimus, pavyzdžiui, su tokiais teisininkų klausimais: Ar galima pasinaudojant papildomos jurisdikcijos doktrina į bylos dalyvių sąrašą įtraukti papildomą pusę ar tik papildomą ieškinį? Ar nukentėjusiojo neatsargumo idėjos pakeitimas santykinio neatsargumo idėja reiškia paskutinio aiškaus šanso doktrinos palaidojimą? Ar asmuo, grąžinęs pamestą daiktą savininkui, gali reikalauti atlyginimo, viešai pažadėto jį grąžinusiam radėjui, jeigu jis nieko nežinojo apie šį pažadą? Ar leidžiant federaliniam magistratui pirmininkauti prisiekusiųjų teisme byloje, kurioje federalinė jurisdikcija grindžiama besibylinėjančiųjų pilietybės skirtumu, nėra pažeidžiamas Konstitucijos III straipsnis? Šie klausimai yra gana *bendri* teisininko požiūriu, tačiau jie nėra jurisprudencijos klausimai mano prasme. Jie nėra pakankamai bendri, jie nėra pamatiniai ir jie nėra svarstomi – ir galbūt negali būti naudingai svarstomi – filosofiniu požiūriu.

Nenoriu pasakyti, jog žodis „jurisprudencija" turi vieną apibrėžtą prasmę; jis neturi vienos apibrėžtos prasmės. Žr., pavyzdžiui, R. H. S. Tur, „What Is Jurisprudence?" 28 *Philosophical Quarterly* 149 (1978). Šį žodį vartoju nusakyti toms teisės, arba teisę liečiančioms, problemoms, kurias mums gali nušviesti filosofija.

kių klausimų prasmingumu turi tam tikro pagrindo; tačiau tikiuosi parodyti, jog jie yra prasmingi.

Kai prieš tris dešimtmečius tapau Harvardo teisės mokyklos studentu, teisinis lavinimas buvo stipriai orientuotas į praktiką ta prasme, kad vyravo priešiškumas teorizavimui. (Šis priešiškumas šiandien tik nežymiai sumažėjo.) Aiškiai prisimenu klausimus, nuo kurių prasidėjo pirmųjų metų paskaitų kursai. Civilinės teisės kurse buvo svarstomas klausimas, ar užpuolimas – kad taptų ieškinio teisme pagrindu – reikalauja, kad auka būtų fiziškai paliesta. Šis klausimas buvo svarstomas jį iliustruojant XIV a. byla, kurioje atsakovas sviedė kirvį į tavernos savininką ir nepataikė.[2] Nuosavybės teisės kurse pirmasis klausimas buvo dėl to, ką reiškia *„adverse"* neteisėto nuosavybės įgijimo (*adverse possession*) doktrinoje. Asmuo, kuris užima tam tikrą žemės plotą nuoširdžiai, bet klaidingai manydamas, kad ji jam priklauso, gali po tam tikro laiko įgyti į ją nuosavybės teisę, tačiau tik tuo atveju, jeigu jo žemės valdymas yra neteisėtas „tikrajam" savininkui: nuomininkas, kurio žemės valdymas nėra neteisėtas jo žemvaldžiui, neįgyja nuosavybės į nuomojamą žemę kad ir kaip ilgai jis ją nuomojo. Kontraktų teisėje nagrinėjome tai, kuo likviduota žala – kai pačiame kontrakte įvertinama, kokius nuostolius patirs pažadą gavusi pusė susitarimo sulaužymo atveju – skiriasi nuo baudos. Likviduojamos žalos išlygoms sutartyse teikiama juridinė galia, baudos išlygoms tokia galia neteikiama. Civilinio proceso kurse mums buvo aiškinamas „substancinių" klausimų skirtumas nuo „procedūrinių". Federalinės civilinio proceso taisyklės suteikia besibylinėjančiajam teisę reikalauti oponento medicininio pasitikrinimo, jeigu jo fizinė būklė turi reikšmės bylai, kaip paprastai ir būna bylose dėl asmens sužalojimo. Mums nagrinėjant tokias bylas buvo keliamas klausimas, ar ši taisyklė yra substancinė ir todėl nepriklausanti nuo Kongreso nustatytų procedūrinių taisyklių, ar ji yra procedūrinė ir todėl priklausanti jo kompetencijai.[3]

Šis teisės studijavimo būdas, kuris naujoką iškart panardina į *medias res*, nekvestionuojant teisės sistemos struktūros bei principinių teisės taisyklių ir traktuojant skirtingų epochų bylų sprendimus tarsi visi jie buvo padaryti tik vakar (o ne traktuojant senas bylas kaip istorines įdomybes), tebelieka neįkainojamai vertingas profesinio parengimo metodas. Jis padeda studentams pajusti teisinės praktikos tekstūrą, ir padaro tai nuosekliau bei veiksmingiau nei mokiniška teisinio lavinimo sistema. Jis atveria studentams profesijos tradiciją. Jis juos išmoko kritiškai naudotis logika – o tai yra esminis, nors kartais ir pervertinamas, teisinės analizės instrumentas. Jis juos išmoko mąstyti savarankiškai. Jis jiems įdiegia – vėlgi veiksmingiau nei tai padarytų kitokia lavinimo sistema – tokias esmines žinias, kaip tai, kad teisinė kalba dažnai skiriasi nuo įprastosios kalbos (žodžių „užpuolimas", „neteisėtas", „substancinis", „procedūrinis", „bausmė" teisinė prasmė skiriasi nuo įprastosios jų prasmės), kad teisinė prasmė smar-

[2] I. De S. & Eife v. W. De S., Y. B. Liber Assisarum, 22 Edw. 3, f. 99, pl. 60 (1348 arba 1349); tekstas ir diskusija pateikiami mano kn. *Tort Law: Cases and Economic Analysis* 13–16 (1982).).

[3] Sibbach v. Wilson & Co., 312 U.S. 1 (1941).

kiai priklauso nuo konteksto (pavyzdžiui, „procedūra" turi keletą skirtingų teisinių prasmių), kad daugelis teisės taisyklių turi būti dedukuojamos iš teismų sprendimų ir kad savo paribiuose teisė yra kur kas plastiškesnė nei paprastai įsivaizduoja neprofesionalas. Neprofesionalas yra linkęs manyti, kad kažkur teisės aktų sąvaduose egzistuoja atsakymas į bet kurį teisės klausimą, tereikia žinoti, kur ieškoti. Teisės studentas greit susivokia, jog tai netiesa.

Šios pamokos, tradicija bei kompetencija, taip pat „sokratiškasis" jų perteikimo būdas, tebeteikia esminį pagrindą teisės praktikai – suvokiant ją plačiai kaip teisėjavimą bei kitų teisinių funkcijų vykdymą, taip pat kaip praktiką teisės firmose – pasižyminčiose aukštu profesionalumu, būdingu daugeliui praktikuojančių Amerikos teisininkų. Tačiau mus šioje knygoje domins ne praktinis teisės lygmuo; ir turėtų būti akivaizdu, kad aprašytasis pedagoginis metodas nekelia ir nesprendžia klausimų, nuo kurių pradėjau, nebent mokytojas būtų pats Sokratas. Įprastojo teisinio lavinimosi santykis su jurisprudencija labai panašus į kalbos mokymosi santykį su kalbotyra.

Klausimų, nuo kurių pradėjau, bendrumas, fundamentalumas ir problemiškumas liudija filosofinį jų pobūdį. Tačiau praktiniams žmonėms, tarp jų teisėjams ir teisininkams, ir net daugeliui teisės profesorių, filosofija yra sunkiai suprantamas dalykas. Jiems atrodo, kad filosofai sprendžia problemas, kurioms neskirtų nė minutės dėmesio joks blaiviai mąstantis žmogus, turintis užsidirbti duoną: Iš kur žinome, kad kiti žmonės turi sąmonę, juk jos niekada negalime tiesiogiai stebėti? Kaip galime įrodyti, kad ryt patekės saulė arba kad joks zebras savanoje nedėvi lietpalčio? Kaip idėjos, nesančios erdvėje ir laike, gali veikti kūnus? Jeigu esate kambaryje, kuris užrakintas iš lauko, bet to nežinodamas nusprendžiate jame pasilikti, tai ar priimdamas šį sprendimą jūs veikiate laisva valia, ar „veikiate" prievartos sąlygomis? Iš kur žinote, kad nesate cisternoje plūduriuojančios smegenys, į kurias išorinio pasaulio vaizdinius pakrauna koks nors išprotėjęs mokslininkas? Prašau savo nefilosofinius skaitytojus susilaikyti nuo skeptiško šypsnio, nes tikiuosi parodyti, jog šio pobūdžio klausimai, kad ir kokie tolimi jie atrodytų ne tik sveikam protui, bet ir teisei, gali padėti nušviesti kai kurias amžinas jurisprudencijos problemas. Pradžiai verta apmąstyti šiuos įtaigius Bertrand'o Russello žodžius, ginančius filosofiją:

> Žmogus, kuris nėra ragavęs filosofijos, brenda per gyvenimą surakintas prietarų, kilusių iš kasdienio proto, iš vyraujančių jo laikmečio ar jo tautos įsitikinimų arba iš įsitikinimų, susiklosčiusių jo galvoje be kritinio proto įsikišimo ar sutikimo. Tokiam žmogui pasaulis paprastai atrodo aiškus, baigtinis, akivaizdus; įprasti daiktai jam nekelia jokių problemų, o nepažįstamas galimybes jis niekinančiai atmeta. Tačiau kai tik pradedame filosofuoti, atrandame ... jog net kasdieniškiausi daiktai kelia klausimų, į kuriuos galime duoti tik labai fragmentiškus atsakymus. Nors filosofija negali mums patikimai pasakyti, kas yra teisingas atsakymas į abejones, kurias ji kelia, ji gali pasiūlyti atsakymų alternatyvas, kurios plečia mūsų mąstymą ir jį išvaduoja nuo įpročio tironijos. Tad nors ji griauna daiktų tikrumo pojūtį, ji plečia mūsų supratimą apie tai, kuo daiktai gali būti; ji šalina arogantišką dogma-

tizmą tų, kurie niekada nežengė išvaduojančios abejonės takais, ir ji palaiko gyvą mūsų nuostabos jausmą parodydama pažįstamus daiktus nepažįstamais aspektais.[4]

Teisės ir jurisprudencijos kilmė

Kad suprastume jurisprudencijos problemas – net kad suprastume, kodėl yra tokių problemų – turime kai ką žinoti apie teisės kilmę (pats šis klausimas taip pat yra jurisprudencijos klausimas, jeigu traktuojamas spekuliatyviai).[5] Pirminis šių problemų šaltinis yra darbo pasidalijimas. Net paprasčiausia visuomenė turi rašytines ar nerašytines normas, kurios kyla iš visuomenės poreikių dar tada, kai nėra nei teisėjų, nei kitokių viešųjų pareigūnų.[6] Faktas, kad normos atsiranda anksčiau už formalias teisės sistemas, yra neabejotinai vienas iš tikėjimo „prigimtine teise" šaltinių. Savo stipriausia prasme šis terminas, su kuriuo ne kartą susidursime, išreiškia idėją, kad egzistuoja tam tikri ikipolitiniai principai, kuriais turi remtis „pozityvioji teisė", t.y. teismų, įstatymų leidėjų ar kitokių valstybės organų nustatomos taisyklės. Kai paprastoje „ikiteisinėje" visuomenėje pažeidžiama paprotinė norma ir dėl to koks nors asmuo patiria skriaudą, sužadinamas aukos arba jos giminaičių keršto instinktas. Nerašytos normos, kurias įtvirtina keršto grėsmė, yra rudimentinė teisės sistemos forma, arba, jei norite, jos pirmtakas, nes praktiniu požiūriu nesvarbu, ar paprotinių normų įtvirtinimas keršto būdu vadinamas „teise" ar „ikiteisine tvarka". Svarbu tai, kad labai rimti keršto sistemos trūkumai[7] daro ją nepriimtiną visur, išskyrus mažiausias ir primityviausias bendruomenes. Visuomenei nepaprastai naudinga turėti žmones specialistus, kurie kuria ir įtvirtina normas, ir kai tik visuomenė gali sau leisti tokią prabangą, tokie specialistai atsiranda.

[4] *The Problems of Philosophy*, 156–157 (1912). „Filosofija, pasak Platono ir Aristotelio, prasideda nuo nustebimo, ji gali kiekvieną daiktą įsivaizduoti kitokį nei jis yra. Ji žvelgia į pažįstamus daiktus kaip į nepažįstamus, o į nepažįstamus daiktus kaip į pažįstamus. Ji mus žadina iš naivaus dogmatinio snaudulio ir laužo įsisenėjusius prietarus." William James, *Some Problems of Philosophy: A Beginning of an Introduction to Philosophy* 7 (1911).

[5] Tokie klausimai priklauso istorinės jurisprudencijos sričiai, kurią išgarsino Savigny, Maine'as ir Holmesas. Žr. įdomų klausimo aptarimą rašinyje Edwin W. Patterson, „Historical and Evolutionary Theories of Law", 51 *Columbia Law Review* 681 (1951). Žr. taip pat naujesnę literatūrą: Peter Stein, „The Task of Historical Jurisprudence", in *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré* 293 (Neil MacCormick and Peter Birks, eds. 1986); Stein, *Legal Evolution: The Story of an Idea* (1980); Stein, „Adam Smith's Jurisprudence – Between Morality and Economics", 64 *Cornell Law Review* 621 (1979); E. Donald Elliott, „The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", 85 *Columbia Law Review* 38 (1985); Herbert Hovenkamp, „Evolutionary Models in Jurisprudence", 64 *Texas Law Review* 645 (1985).

[6] Įdomią normų atsiradimo interpretaciją iš filosofinės perspektyvos pateikia Gilbert Harman, *The Nature of Morality: An Introduction to Ethics* 110–111 (1977).

[7] Juos aptariu savo knygose *The Economics of Justice*, pt. 2 (1981) ir *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, ch. 1 (1988).

Teisės istorija (mums atpažįstamais viešai skelbiamų ir įtvirtinamų normų pavidalais) iš esmės yra didėjančios teisinių funkcijų specializacijos istorija. Pirmajame jos raidos etape (po grynosios privataus keršto sistemos) įstatymų priėmimas ir ginčų sprendimas, kuriuos vykdo vadas, karalius ar galbūt net liaudies susirinkimas, tėra nediferencijuoto valdymo aspektai. Pavyzdžiu gali būti Agamemnonas Euripido *Hekabėje*, Kreonas *Antigonėje* ir prisiekusiųjų teismas, kuris teisė ir nuteisė Sokratą.[8] Palaipsniui šios funkcijos perleidžiamos specialistams, tačiau šiam procesui dar nepasibaigus socialinės kontrolės sistema jau aiškiai skiriasi nuo ikiteisinės sistemos, kurioje auka yra ir teisėja, ir nuosprendžio vykdytoja.

Tačiau įdavus teisę į pareigūnų rankas iškyla „agentūros problema". Kas garantuos, kad pareigūnai gins aukos interesus? Kas gali sukliudyti teisės specialistams virsti profesionalų kasta, kurios tikslai atsiskirs nuo visuomenės poreikių ir įsitikinimų? Kitaip sakant, kaip išlaikyti teisę žmogišką, bet ne per daug žmogišką, suasmenintą, subjektyvią ir kaprizingą? Kaip pareigūnas gali išsiaiškinti net faktines bylos aplinkybes, jeigu jis pats nebuvo įvykių, sukėlusių ginčą, dalyvis?

Čia susiduriame su bendrąja politinės teorijos problema – kaip sukurti kompetentingą ir atsakingą valdžią. Politinė teorija tradiciškai telkia savo dėmesį į grynai politines valdžios šakas – įstatymų leidybos ir vykdomąją valdžią. Anglų ir amerikiečių teisės teorijos centre yra teisėjai – individai, kurie sprendžia ginčus dėl teisės normų taikymo ir kurie šio proceso metu modifikuoja, tikslina arba plėtoja šias normas. Esminį teisėjo padėties keblumą lemia tai, kad spręsdamas ginčą jis beveik neišvengiamai turi užkrauti nuostolį vienai pusei padėdamas kitai. Tai galima geriau suvokti palyginus jo padėtį su gydytojo padėtimi. Gydytojas paprastai padeda vienam asmeniui ne kito asmens sąskaita (išimtis yra pagalbos skubumo nustatymas) ir todėl niekas neturi ypatingų paskatų kištis į jo darbą arba ginčyti jo kompetenciją. Tačiau natūralu, kad stipresnis asmuo ginče su silpnesniu mėgina panaudoti savo galią sprendimui paveikti; lygiai taip pat natūralu, kad teisėjai, bent jau tvirto nusistatymo teisėjai, nori užkirsti kelią tokiam kišimuisi, kuris juos padarytų pavaldžius galingiesiems. Būta laikų ir vietų, kur toks kišimasis buvo kasdienybė, paverčianti teisę farsu. Šiuolaikinėje visuomenėje šį pavojų teisei kelia ne tiek individai, kiek interesų grupės arba viešoji nuomonė; tačiau bet kuriuo atveju tai nėra trivialus pavojus ir jis daro poveikį tam, kaip teisėjai ir jų gynėjai teisininkų bendruomenėje mąsto apie teisę.

Teisėjų nepriklausomybės problema turi ne tik visuomeninį, bet ir privatų aspektą. Teisėjai siekia nepriklausomybės panašiai, kaip mokslininkas – garantuoto etato universitete. Teisėjai nenori būti galingųjų parankiniais. Tačiau jeigu nepriklausomybė reiškia tik tai, jog teisėjai gali spręsti bylas kaip patys nori, be jokio kitų pareigūnų spau-

[8] Sokrato teismas (žr. Thomas C. Brickhouse and Nicholas D. Smith, *Socrates on Trial* 24–37 [1989]), kurį vykdė šimtų žmonių „žiuri", be profesionalių teisėjų, be svarstymo ir be apeliacijos galimybės, iliustruoja liaudies vykdomo teisingumo ribotumus. Tą patį faktą iliustruoja net šiuolaikinio prisiekusiųjų žiuri nepajėgumas dorotis su bent kiek sudėtingesnėmis žalos atlyginimo bylomis. Teismo draudimai (*injunctions*) bei kitokios teisingesnės žalos atlyginimo priemonės turėjo laukti profesionalių teisėjų pasirodymo .

dimo, tada toli gražu nėra akivaizdu, jog teismo nepriklausomybė tarnautų visuomenės interesams; gali būti, kad vieną tironą tik pakeistų kitas. Į kokias gaires teisėjai orientuotųsi, jeigu jie išsikovotų nepriklausomybę nuo grubaus politinio kišimosi? Ar jie veiktų tik kaip politikai, kurių nesaisto įprasti politiniai apribojimai, ar juos kaip nors tvardytų profesinės normos? Ar egzistuoja kokia nors objektyvių („pozityviosios teisės" arba „prigimtinės teisės") normų visuma arba analitinių metodų („teisinio protavimo" principų) aibė, kuria naudojantis būtų galima garantuoti, kad teisėjų sprendimai bus objektyvūs, apibrėžti, beasmeniai? Jeigu neegzistuoja, tai ar teisėjų galia netampa savivalės galia, įtvirtinta šventikiškos teisėjavimo dramaturgijos: aukšti suolai, mantijos, priesaikos, teisinis žargonas ir retorika?

Atsakymas gali priklausyti nuo to, ką turime omenyje kalbėdami apie „objektyvumą". Jeigu pabrėžiame šio žodžio šaknį – „objektą", ir sakome, jog teisėjo sprendimas, kad jis nebūtų tik savivalės aktas, turi atitikti kažkokią „tikrovę", tai būsime priversti rinktis tarp prigimtinės teisės griežtąja prasme ir teisinio nihilisto požiūrio, jog teisė tėra teisėjų valia. Mes galime būti priversti žengti panašų žingsnį net tuo atveju, jeigu atmesdami ontologinį objektyvumą (objektyvumą kaip atitiktį išorinei tikrovei) „objektyvumą" vartojame susilpninta prasme, mokslininkų vartojama prasme, kuri reiškia atkartojamumą. Šia prasme tam tikras faktas yra objektyvus tada, kai skirtingi tyrinėtojai, kuriuos nevienija jokia ideologinė ar kitokia išankstinė nuostata (išskyrus nebent tai, kad jie vadovaujasi moksliniu pasaulėvaizdžiu), jį pripažintų. (Iš čia atsiranda objektyvumo sąsaja su nešališkumu ir apibrėžtumu – ir kartais visus šiuos terminus vartoju kaip sinonimus.) Nors objektyvumą šia prasme sieju su moksliškumu, šis objektyvumas neapsiriboja mokslu: yra daugybė nemokslinių idėjų, dėl kurių gali sutarti žmonės, išpažįstantys skirtingas ideologijas. Teisės problema yra ta, kad nematyti beveik jokios tendencijos, kad svarstant sunkius teisinius klausimus skirtingų ideologijų atstovų sprendimai konverguoja. Žinoma, ne visi teisiniai klausimai yra sunkūs; yra daugybė lengvai spendžiamų teisinių klausimų. Tačiau natūralu, kad profesionalo dėmesį traukia sunkesnieji. Ir tik jeigu tenkinamės tuo, kad „objektyvų" sprendimą apibrėžiame trečiąja prasme (kurią kartais vadinsiu „šnekamąja"), kaip protingą – t.y. kaip ne savavališką, ne asmenišką, ne (siaurai) politinį, ne nepataisomai miglotą, nors ir ne apibrėžtą ontologine arba moksline prasme – tik tada galėsime, spręsdami sunkius teisinius klausimus, rasti vidurio kelią tarp prigimtinės teisės doktrinos ir teisinio nihilizmo pozicijos.

Nors daugiausia dėmesio skiriu teisėjams, kiti teisininkai taip pat geidžia teisinės nepriklausomybės. Siekdami pabrėžti savo profesionalizmą ir įteisinti savo nepriklausomybę teisėjai (padedami teisininkų) susikūrė techninių sąvokų bei metodų, kurie savo ruožtu palaiko teisėjų pretenziją į teisinių ginčų sprendimo monopolį. Idėja, kad teisė yra objektyvi griežtąja prasme ir todėl beasmenė, taip pat, kad teisė yra autonominė ir profesionali, teikia lengviausiai suprantamą teisininko, teisės profesoriaus ir teisėjo *raison d'être*, ir ji paaiškina, kodėl praktikuojantys bei akademiniai teisininkai, taip pat teisėjai šiuo požiūriu dažnai reiškia per dideles pretenzijas.

Darbo pasidalijimas nėra vienintelis istorinis veiksnys, lėmęs objektyvumo problemos iškilimą jurisprudencijoje. Kitas veiksnys yra teisės efektyvumo visuomenėje didėjimas. Šis procesas – jį schematizuojant – perėjo tris etapus. Pirmajame etape, kurį naujaisiais laikais simbolizavo Sovietų 1936 metų konstitucija, teisė buvo suvokiama daugiausia kaip geidžiamas idealas – jos normos gražiai atrodė popieriuje, bet likdavo neįgyvendinamos, nes teismus pajungdavo savo valiai kitos visuomenės jėgos. Antrajame etape, kuris šioje šalyje apėmė maždaug 1800–1960 m. periodą, teisėjai įgijo realią nepriklausomybę ir pripažinimą, tačiau profesija nedaug dėmesio skyrė teisinių paslaugų „tiekimo" sistemai, teisminis procesas buvo brangus ir griozdiškas, ir dėl to didelė teisės dalis vis dar liko tik deklaratyvi, kaip ir pirmajame etape. Trečiajame etape, kuriame dabar yra Jungtinės Valstijos, profesionalų dėmesį patraukė teisės praktiniai aspektai, ir buvo rimtai imtasi priemonių – jų pavyzdžiais gali būti neturtingų atsakovų baudžiamosiose bylose teismo išlaidų subsidijavimas, neteisėtai surinktų įrodymų nepripažinimas baudžiamosiose bylose, ribojimų ieškinio padavimo terminams susilpninimas, kolektyvinių ieškinių palengvinimas, kalėjimų aprūpinimas teisės literatūros skaityklomis, bylą pralaimėjusio atsakovo privertimas sumokėti honorarą ieškovo advokatui – siekiant garantuoti, kad juridinės teisės būtų realiai, patikimai ginamos.[9] Šiame etape, kuris kartais taip pat siejamas su „ieškovo sąmonėjimu",[10] teisės sistemos kaštai nepaprastai išauga, sistema tampa landi ir politiškai kontroversiška. Ant kortos statomos sumos šioje nuo seno vykstančioje kovoje dėl teisės nepriklausomybės dabar atrodo didesnės nei kada nors anksčiau, ir atitinkamai didesnės tampa jurisprudencijos problemos.

Glausta jurisprudencijos istorija

Nuo seno keliamas klausimas, iš kur teisėjai gauna jų taikomas normas. Panagrinėkime, kaip jis keliamas *Antigonėje*, parašytoje 5 a. pr. Kristų. Kreonas, Tėbų valdovas, paskelbia nuosprendį, kad Polinikas, žuvęs išdavikiškai puldamas miestą, baudžiamas tuo, kad bus neleista jį garbingai palaidoti – kaip buvo palaidotas jo brolis Eteoklas, žuvęs gindamas miestą nuo išdaviko. Kreonas mąsto pilietiškai ir instrumentalistiškai: jis nori apginti miestą ir siekdamas šio tikslo nori užkirsti kelią išdavystei nustatyda-

[9] Žr., pavyzdžiui, *Innovations in the Legal Services* (Erhard Blankenburg ed. 1980). Intensyvėjantį teisės smelkimąsi į Amerikos gyvenimą analizuoja Lawrence M. Friedman, *Total Justice* (1985).

[10] Žr. įdomų klausimo aptarimą kn. William L. F. Felstiner, Richard L. Abel, and Austin Sarat, „The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ..." 15 *Law and Society Review* 631 (1980–81). Šie trys etapai gali koegzistuoti. Kitaip sakant, duotuoju laiko momentu viena teisės sritis gali priklausyti pirmajam raidos etapui, kita – antrajam, dar kita – trečiajam. Pavyzdžiui, antitrestiniai įstatymai pasiekė trečiąjį etapą daug anksčiau nei pilietinių teisių įstatymai; diskriminacijos darbe įstatymai galbūt dar nepasiekė trečiojo etapo; viešoji tarptautinė teisė veikiausiai dar nepasiekė net pirmojo. Pastaraisiais metais kai kurios Amerikos teisės sritys, atrodo, nusirito žemyn nuo trečiojo etapo.

mas išdavikui kuo baisiausią bausmę. Antigonė, Eteoklo ir Poliniko sesuo, gina alternatyvią teisės sampratą, pagal kurią teisė yra prigimtinės tvarkos reikalavimų vykdymas,[11] o tai reiškia, kad ji turi deramai palaidoti savo brolį, nors jis yra išdavikas.

Šias priešingas teisės sampratas panašiai formuluoja Platonas *Valstybėje*. Pilietinę arba politinę sampratą išreiškia Trasimachas: „jeigu teisingai samprotauji, išeina, kad teisingumas visur yra tas pats – tai, kas naudinga stipresniajam".[12] Jeigu Trasimachas tuo norėjo pasakyti, kad teisė priklauso nuo stipresniųjų individų įgeidžių, tai jis pateikė ne teisės, bet beteisiškumo apibrėžimą. Tačiau manau, kad iš tikrųjų jis turėjo omenyje tai, kad teisė yra, ir turi būti, visuomenėje dominuojančių grupių vertybių išraiška.[13] Jis gynė bekompromisį teisinį pozityvizmą, pagal kurį teisę sukuria (politinė) galia ir niekas kitas jos negali sukurti. Sokratas, priešingai, kėlė idėją, kad teisingumas yra tai, ką žmogus atranda, o ne sukuria – kas egzistuoja nepriklausomai nuo žmogaus, Formų Pasaulyje.

Didelė jurisprudencijos dalis yra ne kas kita, kaip Kreono ir Antigonės, Trasimacho ir Sokrato ginčo tąsa;[14] ir turbūt akivaizdu, kuriai pusei simpatizuoja dauguma teisininkų. XVII a. karalius Jokūbas I (*James I*) uždavė klausimą Edwardui Coke'ui, Anglijos vyriausiajam teisėjui, kodėl Jokūbas negali priimti teisinių sprendimų: teisė grindžiama protu, o jo proto galia nesanti menkesnė už teisėjų. Coke'as nedrįso ginčyti nė vienos iš šių prielaidų, tačiau atsakė, kad teisė grindžiama „dirbtiniu protu" ir juo naudotis geba tik teisiškai išsilavinęs ir teisėje patyręs asmuo.[15] Coke'o atsakymas nurodo tris ortodoksinio teisininko požiūrio į teisę elementus: kad teisė grindžiama protu, o ne valios aktais; kad šis protas yra ypatingas protas – ne paprasta sveika nuovoka, ne taikomoji moralės filosofija ar politinė analizė; ir kad jį pažįsta tik teisininkai. Taip suvokiama teisė primena Sokrato Teisingumo Formą ta prasme, kad ji egzistuoja neatsižvelgiant į politinius valdžios organus, kad ji yra prieinama tik profesinei kastai ir, dar svarbiau, kad ji yra „formali", arba nepriklausoma nuo faktų pasaulio. Tačiau Coke'as nesiremia, bent jau eksplicitiškai, prigimtinės teisės sąvoka. Teisė jam nėra eti-

[11] Tai yra „prigimtinė teisė" tiesiogine prasme – sąvoka, kuri taip pat figūruoja dramoje *Edipas karalius*. Prigimtinės teisės tradiciją ir šiuolaikinį atsitraukimą nuo „prigimties" analizuoja Lloid L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (1987); Weinreb, „The Natural Law Tradition: Comments on Finnis", 36 *Journal of Legal Education* 501 (1986); plg. Robert P. George, „Recent Criticism of Natural Law Theory", 55 *University of Chicago Law Review* 1371 (1988); Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987). Įvadą į prigimtinės teisės doktriną teikia A. P. d'Entrèves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy* (1951).

[12] *Platonis Opera*, vol. 4, p. 339a.

[13] Tiesa, dėl Trasimacho teisingumo sąvokos prasmės tebevyksta ginčai. Žr. Kimon Lycos, *Plato on Justice and Power: Reading Book I of Plato's „Republic"* (1987) ir ten pateiktas nuorodas.

[14] Kalbėdamas apie Sokratą turiu omenyje Platono dialogų personažą, o ne istorinį Sokratą, kurio požiūris į teisę ir teisingumą galėjo skirtis nuo Platono *Valstybėje* ir (galbūt) *Gorgijuje* bei vėlyvuose dialoguose jam priskiriamo požiūrio.

[15] Prohibitions del Roy, 12 Co. Rep. 63, 65, 77 Eng. Rep. 1342, 1343 (1608). Žr. Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, ch. 1 (1986). Coke'as kalbėjo apie bendrąją teisę – susiklostančią teisėjų sprendimų pagrindu – ne apie statutinę teisę.

nių arba religinių principų sistema, kurios pagrindu priimami ir kritikuojami specifiniai sprendimai. Jeigu ji tokia būtų, tai karaliaus Jokūbo galia priimti teisinius sprendimus negalėtų būti ginčijama – bent jau Coke'o. Teisė yra teisėjų sukurta doktrinų sistema ir ją išreiškia arba implikuoja jų teisinė praktika.

Ši teisės samprata ne tik skiriasi nuo Sokrato sampratos, bet ir kertasi su ja, nors Sokratą pristatėme kaip Coke'o pirmtaką. Sokrato tikėjimas prigimtine teise siejosi su jo panieka sofistikai – t.y. teisinei argumentacijai, kurią Sokratas kritikuoja *Gorgijuje* ir kuria naudojasi bendrosios teisės teisėjai, tokie kaip Coke'as. Teisininkų sofistika sunkiai suderinama su prigimtine teise tuo griežtu jos pavidalu, kuriuo ją pateikia Sokratas. Mano klasifikacijos simetriją taip pat gadina tai, kad Jokūbas I, kurį sugrupavau su Antigone ir Sokratu prieš Kreoną ir Trasimachą, gali būti suvoktas kaip savotiškas Kreonas, besilaikąs specifinės prigimtinės teisės doktrinos versijos (*dieviškoji* karalių teisė). Pradedame įžvelgti sąsają tarp teisinio pozityvizmo ir teisinio formalizmo (Coke'o atvejis) ir sąsają tarp prigimtinės teisės ir teisinio realizmo, kaip antiformalizmo (Jokūbo I ir galbūt Sokrato atvejis); šios sąsajos kryžiuojasi su labiau pažįstama pozityvizmo sąsaja su realizmu (Trasimachas, Kreonas) ir prigimtinės teisės sąsaja su formalizmu (Blackstone'as ir iš dalies Coke'as, kaip toliau matysime). Ši terminologija taps aiškesnė tolesniame dėstyme, nors vienas iš dalykų, kuriuos tikiuosi šioje knygoje parodyti, yra tai, kad galime ramiai gyventi be tokios terminologijos. Pateikta matrica vaizduoja pagrindines kombinacijas:

	Prigimtinė teisė	Pozityvioji teisė
Teisinis formalizmas	Blackstone'as	Coke'as
Teisinis realizmas	Jokūbas I	Trasimachas

Coke'as pasitarnavo taikiniu Hobbesui, kuris argumentavo, jog teisė yra suvereno įsakymas.[16] Nors ši teisės samprata primena Trasimacho (ir Jokūbo I) sampratą, gali pasirodyti, jog Hobbesas ir Coke'as nesutaria tik dėl to, kam atiduoti suverenumą sprendžiant teisinius ginčus: karaliui ar teisėjams? Tačiau tai yra klaidinanti regimybė. Kažin ar Coke'as taip tiesiogiai neigtų Jokūbo I suverenumą. Jis tik norėjo pasakyti, jog teisėjai, dėl savo išsilavinimo ir patirties, turi privilegijuotą priėjimą prie autoritetingų normų. Ir vis dėlto tai buvo ardomoji idėja, nes ji implikuoja, kad teisėjai yra prigimtinės teisės aiškintojai – tariant, kad ši teisė yra autoritetinga, bet kyla ne iš „suvereno". Nors teisėjus tai dar nepadaro karaliaus suverenumo konkurentais, tai vis dėlto kompromituoja karaliaus suverenumą. Būtent tai kėlė nerimą Hobbesui ir skatino jį stoti prieš Coke'ą.

[16] Žr. Leviathan, pt. II, ch. 26 (1651); žr. taip pat Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* (Joseph Cropsey ed. 1971) ir Huntington Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, ch. 7 (1949). Žr. taip pat J. H. Hexter, „Thomas Hobbes and the Law", 65 *Cornell Law Review* 471 (1980), kur aptariama, kaip Matthew Hale'as suvaidino Coke'ą kaip Hobbeso oponentą (t.y. atsakė Hobbesui kaip jam būtų atsakęs Coke'as, jeigu būtų dar gyvas.

Šimtmečiu vėliau Coke'o legalizmo implikacijas, atitinkančias prigimtinės teisės doktriną, išdėstė Blackstone'as piešdamas monumentalų anglų bendrosios teisės portretą su visomis doktrininėmis bei institucinėmis jos plonybėmis.[17] Kad ir suvokdamas tiek utilitarinę bendrosios teisės funkciją, tiek ir akivaizdžius jos trūkumus, tarp jų perdėtą daugelio kriminalinių bausmių griežtumą arba savivališkus teisminės procedūros apribojimus (pavyzdžiui, bylos pusėms buvo neleidžiama būti liudininkais, arba baudžiamosiose bylose buvo neleidžiama atsakovui būti atstovaujamam advokato), Blackstone'as mėgino bendrąją teisę apgaubti transcendentalumo aureole. Jis argumentavo, jog bendrosios teisės ištakos siekia saksų paprotinę teisę, kuri buvusi prigimtinė – Dievo duota teisė, suvokta žmogiškojo proto tais laikais, kai jis buvo imlesnis. Žodžiu, bendrajai teisei Blackstone'as suteikė prigimtinės teisės genealogiją. Kartu jis nuvertino teisėjų kūrybinį vaidmenį vadindamas juos teisės „orakulais". Ši metafora, vaizduojanti juos kaip tiesioginius dieviškųjų įsakų perteikėjus, leidžia teisėjus atskirti nuo politikų bei valstybininkų. Tačiau teisėjai nėra tiesioginiai perteikėjai. Juos gali suprasti tik teisininkai; ir teisininkai išverčia orakulinį diskursą į kalbą, suprantamą plačiai visuomenei.

Blackstone'as buvo natūralus Benthamo kritikos taikinys. Aiškiai suvokdamas daugybę XVIII a. teisės trūkumų Benthamas norėjo iš jos padaryti – ir padaryti labai greitai – kuo didesnės laimės kuo didesniam skaičiui maksimizavimo įrankį. Coke'o profesionalizmas („dirbtinis protas") ir Blackstone'o inkrementalizmas, tradicionalizmas bei transcendentalizmas buvo kliuviniai šiai jo programai. Visi šie „izmai" implikavo, kad bendroji teisė neturi ar net negali (nenusidedant) būti perdaryta pagal didžiausios laimės principą – arba gali, bet tik labai negreit, arba, mažų mažiausiai, kad bet kuris jos keitimas turi būti priimtinas teisininkų profesijai. O profesija gali nepritarti didžiausios laimės principui; bet kuriuo atveju ji yra suinteresuota išsaugoti *status quo* – priplėkusį, apkerpėjusį, prietaringą, reakcingą *status quo*, anot Benthamo.[18] Benthamas ne tik pateikė įžvalgią atskirų teisės taisyklių bei institucijų kritiką (sąmoningai nekreipdamas dėmesio į stipriąsias bendrosios teisės sistemos puses), bet ir, remdamasis specifine teisinio pozityvizmo versija, negailestingai puolė Blackstone'o transcendentalines pretenzijas. Jis parodė, jog didelę Blackstone'o sąvokinio aparato dalį sudaro permatomos ir bevertės teisinės fikcijos.[19] Teisėje jis neįžvelgė jokių „prigimtinių", universalių ar transcendentalių elementų. Teisė yra žemiško politinio autoriteto – įstatymų leidėjų ir, ypač tais laikais, teisėjų kūrinys.

[17] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4 vols., 1765–1769).

[18] Apie Benthamo ir Blackstone'o konfliktą žr. *The Economics of Justice*, 7 išnaša, aukščiau, ch. 1; Postema, išnaša 15, pt. 2. Benthamo jurisprudencijos pobūdį geriausiai atskleidžia jo pomirtinis traktatas *Of Laws in General* (H. L. A. Hart, ed. 1970)

[19] Pavyzdžiu gali būti vyro ir moters vienybė santuokoje; rašinyje, pirmąkart paskelbtame 1870 m., vienas Benthamo sekėjų teisinių fikcijų demaskavimo mene šaiposi: „Teisėje vyras ir žmona privalo laikytis tam tikrų apribojimų vienas kito atžvilgiu. Ši prievolė jiems galioja *ne todėl*, kad jie yra vienas asmuo, bet todėl, kad jie yra *tarsi* vienas asmuo. Kitais požiūriais teisė traktuoja juos kaip porą, nes jie *yra* pora." Nicholas St. John Green, „Proximate and Remote Cause", in *Green, Essays and Notes on the Law of Tort and Crime*, 31, 32 (1933) (išskirta originale).

Klaidingai manydamas, kad atstovaujamoji parlamentinė valdžia jam padės išspręsti praktinę problemą, kaip priversti vykdomąją valdžią vadovautis didžiausios laimės principu, Benthamas siekė perkelti teisėkūros centrą iš teismų į deramai reformuotą parlamentą, kuris, kaip jis vylėsi, priimtų detalius visų teisės sričių kodeksus ir tokiu būdu sumažintų iki minimumo teisėjų nuožiūros laisvę. Teisėjai taptų mažais biurokratais užuot buvę politikais, iškilmingai pozuojančiais orakulų drabužiais – mažais, kadangi kodeksai būtų surašyti paprasta kalba ir nereikalautų profesinių žinių jų dešifravimui, ir kadangi jie būtų tokie išsamūs, kad neliktų laisvos erdvės teisėjų vykdomai teisėkūrai, tariamai tik užpildančiai įstatymų leidėjo paliktas spragas.

Benthamas pasiūlė išsamų planą, kaip teisę paversti realia visiško liaudies suverenumo išraiška. Todėl gali atrodyti, jog jis priklauso Kreono, Trasimacho, Jokūbo I arba Hobbeso kompanijai, tiesa, su polinkiu į demokratiją; – bet šis polinkis tėra Benthamo iliuzijos, kad liaudies rinktas suverenas priimtų didžiausios laimės principą, atsitiktinis padarinys; jeigu būtų galima tikėtis, kad tą patį padarytų apšviestas despotas, Benthamas būtų sutikęs (tiesą sakant, tai buvo jo pradinis impulsas) visas suverenias galias suteikti despotui. Tačiau net pripažinus Benthamo ryšio su demokratine politika atsitiktinumą, jis vis dėlto smarkiai skiriasi nuo Kreono, Trasimacho ir (mažiau aiškiai) nuo Jokūbo I. Juk jo jurisprudencijos sistemos pagrindas yra ne paprasta pilietinė arba politinė sąvoka, tokia kaip „kas naudinga Tėbams", bet didžiausios laimės principas – kuris utilitaristui yra tokia pat suvereni ir įsakmi norma, kaip prigimtis prigimtinės teisės teoretikui.

Net jeigu parlamentas būtų priėmęs Benthamo siūlymą kodifikuoti teisę, pagrindiniai ortodoksinio požiūrio elementai būtų išlikę. Teisėjų dieviškąjį prievaizdą būtų pakeitęs žemiškasis, tačiau teisėjai vis vien būtų išlaikę didelę profesinę galią, kaip tai liudija žemyninės Europos patirtis, kur teisė yra daug labiau kodifikuota. Benthamas to nesuprato, nes jis manė, jog kalba atlieka grynai referentinę funkciją ir skaidriai atspindi realybę.[20] Todėl jis tikėjo, jog gali būti sukurtas teisės kodeksas, kuris būtų neiškreipto susisiekimo takas tarp įstatymų leidėjų bei teisėjų ir piliečių ir kuris teisės aiškinimą bei taikymą padarytų mechanine užduotimi – užduotimi, kurią galėtų atlikti žemutinio lygmens viešieji pareigūnai.

Benthamo idėja, kad teisė yra utilitarinis dalykas, savo reikšmingumu pranoksta tiek prigimtinės teisės ir teisinio pozityvizmo, tiek formalizmo ir realizmo ginčus. Atmesdamas bet kokį moralizmą (išskyrus patį utilitarizmą) kaip teisės pagrindą, bet kartu atmesdamas bet kokį vien emocinį, tradicinį, retorinį arba (žodžiu) nereflektuotą ir nesisteminį požiūrį į teisę, Benthamas siekė teisę pastatyti ant mokslinių pamatų – padaryti ją praktiniu žmogaus instrumentu realizuojant tam tikrus socialinius tikslus.[21]

[20] Žr. James Steintrager, *Bentham* 22–28 (1977). Šią idėją pagauna vienas iš Holmeso aforizmų: „Turime mąstyti daiktus, o ne žodžius". „Law in Science and Science in Law", 12 *Harvard Law Review* 443, 460 (1899). Kitaip sakant, visi žodžiai yra vardai.

[21] Žr. Nancy L. Rosenblum, *Bentham's Theory of the Modern State*, ch. 3 (1978).

Šiuo ribotu, tačiau svarbiu aspektu Benthamas yra pragmatinės teisės sampratos, kuri bus ginama šioje knygoje, pirmtakas.

Nepaisydami Benthamo raginimų, nei Anglijos Parlamentas, nei Amerikos Kongresas nesusižavėjo teisės kodifikavimo idėja. Todėl per visą XIX amžių ir beveik iki XX a. vidurio anglų ir amerikiečių teisė iš esmės išliko bendrosios teisės tradicijos ribose. Ir vis dėlto Benthamo kritika, kartu su silpnėjančiu išsilavinusių klasių religingumu, visiškai sujaukė intelektinius ortodoksinės doktrinos pagrindus. Jeigu bendroji teisė kyla ne iš Dievo, tai iš kur ji kyla? Buvo lengva kalbėti apie „prigimtinę teisę" tada, kai prigimtis buvo laikoma dieviškosios meilės arba dieviškosios tvarkos išraiška; daug sunkiau rasti universalias normas negailestingame Darwino pasaulyje. Prigimtinės teisės projektas niekada neatsigavo nuo to, ką Nietzsche pavadino Dievo mirtimi (nuo Darwino smūgių). Jeigu ne iš Dievo ir ne iš prigimties, tai iš kur kitur galėjo kilti bendroji teisė, kaip tik iš pačių teisėjų? Tačiau tokiu atveju teisėjai tampa įstatymų leidėjais, dar daugiau – nerenkamais įstatymų leidėjais. Daugelis mūsų šalies valstijų mėgino šią problemą spręsti kaktomuša – padarydamos savo teisėjus renkamais pareigūnais. Tačiau šis eksperimentas tik pakenkė teismų nepriklausomybei, o teisėjai pradėjo atrodyti (ir vaizduotis) kaip mantijomis apsigobę įstatymų leidėjai (beje, iki pat XIX a. pabaigos dauguma Amerikos teisėjų nevilkėjo mantijų). Nors šis eksperimentas užtruko, dabar vyrauja, mano supratimu, visiškai pagrįstas įsitikinimas, jog renkamų teisėjų idėja nepasiteisino.

Į šią pralaužą įsiveržė Amerikos teisiniai formalistai, iš kurių šiandien dažniausiai prisimenamas Christopheris Columbas Langdellis, Harvardo teisės mokyklos profesorius. Tam tikra prasme formalistai buvo platonikai, tikėję tuo, kad egzistuoja pastovūs, nekintantys, nepakeičiami teisės principai, kuriuos netobulai įkūnija teisinė praktika, ir kad teisinės refleksijos būdu galima atrasti principus, kuriais remiasi ši praktika. Šia idėja grindžiami paties Langdellio darbai.[22] Kita – įdomesne, bet ne itin apibrėžta – prasme formalistai teisę perinterpretavo kaip indukcinį mokslą. (Tačiau šiuo požiūriu juos pramatė Francis Baconas.)[23] Apeliacinių sprendimų protokolai jiems buvo duomenys, iš kurių galima dedukuoti bendrosios teisės principus – pavyzdžiui, kad pažadas turi juridinę galią tik tada, kai jis buvo gautas mainais už kokį nors perleistą turtą, arba kad priskiriant atsakomybę civilinėje byloje būtina įrodyti smerktino elgesio faktą. Išsiaiškinus šiuos principus, galima dedukuoti teisingą bet kurios bylos sprendimą. Tad principai galėjo būti naudojami tiek įrodinėjant, jog senos bylos, neįtelpančios į apeliacinių bylų aibę, iš kurios buvo dedukuoti patys principai, buvo išspręstos

[22] Žr., pavyzdžiui, pratarmę į C. C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871).

[23] Žr. Paul H. Kocher, „Francis Bacon on the Science of Jurisprudence", 18 *Journal of the History of Ideas* 3, 7 (1957). Formalistai pripažino Bacono pirmumą. Žr. Perry Miller, *The Life of the Mind in America: From the Revolution to the Civil War* 159 (1965). Knygoje parodoma, jog Langdellio koncepcija nebuvo originali net Amerikoje. Formalizmas tapo Amerikos teisės profesionalų ortodoksija prieš Pilietinį karą. Žr. ten pat, ch. 3 („The Science of the Law"), ypač p. 159–163; taip pat M. H. Hoeflich, „Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", 30 *American Journal of Legal History* 95, 112–121 (1986).

neteisingai, tiek suteikiant gaires sprendimams naujose bylose. Kad ir žmogaus sukurti, šie principai turėjo apriboti teisėjų nuožiūros laisvę lygiai taip pat, kaip ją apribojo Blackstone'o dieviškosios kilmės bendroji teisė. Ir nors šie principai neturėjo dieviškojo pagrindo, jie turėjo beveik lygiavertį pagrindą – nes rėmėsi mokslinės indukcijos ir laiko verdikto galia.

Tokiu būdu ortodoksinis požiūris buvo atkurtas pasaulietine forma ir aprengtas moksliškumo drabužiais. Tačiau liko neatsakytas klausimas, kaip teisės principų kūrimas teisinių sprendimų priėmimo procese gali jiems suteikti tokį politinį legitimumą, kuris būtų lygiavertis įstatymų leidėjų nustatomų taisyklių legitimumui. Naudojimasis indukcija dedukuojant principus iš bylų sprendimų paliko plyšį tarp „esamybės" ir „privalomybės", o laiko verdiktu buvo lengva suabejoti sparčios socialinės kaitos laikais.

Jeigu Benthamas savo kritikos taikiniu pasirinko Blackstone'ą, tai Holmesas tapo Blackstone'o įpėdinių kritiku. Holmesui nepatiko trys formalizmo bruožai. Pirmasis buvo jo konceptualizmas ir scientizmas. Formalizmas teisę traktavo kaip tam tikrų principų sistemą, o teisinį protavimą suvokė kaip tiksliųjų mokslų analizės atmainą ir kaip apodiktinio tikrumo šaltinį. Antrasis bruožas buvo formalizmo statiškumas, formalistų polinkis bylas, iš kurių dedukuojami teisės principai, traktuoti kaip duomenų visumą, neturinčią chronologinio matmens, ir į pačius principus žvelgti kaip į belaikes tiesas, panašias į Euklido geometrijos teoremas.[24] Trečiasis jam nepriimtinas formalizmo bruožas, jungiantis abu pirmuosius, buvo teisės atskyrimas nuo gyvenimo. Formali sistema, tokia kaip geometrija, yra idėjų tarpusavio santykių, o ne idėjų ir fizinės realybės santykių sistema; formalistai savo indukciją pradeda nuo teisėjų sprendimų, o ne nuo socialinio gyvenimo problemų ir praktikos. (Ir sprendimai, kurių pagrindu Amerikos formalistai konstravo teisės principus, buvo daugiausia net ne amerikiečių, bet anglų teisėjų sprendimai.) Holmesas laikėsi kieto, nors ir netobulo, pragmatizmo pozicijos.[25] Nėra jokių sąvokinių esybių; idėjos reikšmę lemia ne jos apibrėžimas, ne jos Forma ir ne jos santykis su kitomis idėjomis, bet jos padariniai faktų pasaulyje. Šia prasme nėra ir jokių teisės principų. Yra tik faktas, jog jeigu padarysite tokį ir tokį veiksmą, prie jūsų durų galiausiai pasirodys šerifas ir atims dalį jūsų turto ieškiniui prieš jus patenkinti, ir jeigu jam nepaklusite, bus iškviesta policija ar net kariuomenė jūsų pasipriešinimui nuslopinti. Kadangi mažai tikėtina, jog tokie grubūs padariniai atsiras pažeidus principą, atrastą teisės profesoriaus savo bibliotekoje, tenka pripažinti, kad teisės vardu naudojama valstybės galia tarnauja konkretiems politiniams tikslams. Teisės taisyklės yra sistematizuotas ir prievartinis galingiausių visuomenės grupių įsitikinimų įkūnijimas, ir todėl jos kinta kintant šiems įsitikinimams bei grupėms.

[24] Žr. Thomas C. Grey, „Langdell's Orthodoxy", 45 *University of Pittsburg Law Review* 1 (1983).

[25] Kaip matysime 7 skyriuje, Holmeso pozicija primena jo amžininko ir bičiulio Charleso Sanderso Peirce'o, pragmatizmo pradininko, poziciją, tačiau tai nėra „ortodoksinis pragmatizmas", tarus, kad toks egzistuoja. Be to, neaišku, kokiu mastu Holmesas buvo įtakotas Peirce'o ir kokiu mastu juos vienijo tik *Zeitgeist*. Žr. Thomas C. Grey, „Appendix: Holmes and the Pragmatists", in Grey, „Holmes and Legal Pragmatism", 41 *Stanford Law Review* 787, 864 (1989).

Tačiau Holmesas, kitaip nei Tukididas, nemanė, kad teisės doktrinos yra *tik* dekretai, atspindintys tirono įgeidžius arba viešosios nuomonės kaprizus. Holmesas rašė tais laikais, kai veikė profesionali teismų sistema. Teisės doktrinos turi savo intelektinę struktūrą ir bent iš dalies gyvena savąjį gyvenimą (arba bent jau teisėjai gyvena savąjį gyvenimą), nepriklausomą nuo politinių jėgų, kurios doktrinoms suteikia jų svorį ir kryptį. Perfrazuojant Hamletą, politinės jėgos nutašo teisę, o teisėjai ją nudailina. Priklausydamas Darwino, Spencerio, Hegelio, Marxo ir Nietzsche's amžiui, Holmesas manė, kad geriausias teisėjas yra tas, kuris teisę nudailina taip, kad ji labiausiai atitiktų, ir netgi nuspėtų, visuomenėje dominuojančių grupių norus; kitaip sakant, jis yra tas, kuris spėja įšokti į istorijos traukinį.

Holmeso *The Common Law* (1881) yra garbinimo giesmė teisėjų sugebėjimui pritaikyti common law doktrinas prie patvarios visuomenės nuomonės, atspindinčios socialinius poreikius ir galią, pokyčių. Pavyzdžiui, knygoje parodoma, jog tuo metu, kai teisė dar buvo tik keršto pakaitalas, teisės doktrinos buvo skirtos suteikti nukentėjusiajam nuo piktadarystės reikalingą priemonę keršto troškuliui numalšinti prieš imantis teisinių priemonių. Kai keršto buvo atsisakyta ir iškilo kiti tikslai – atbaidymas bei kompensavimas, senosios doktrinos buvo sumaniai adaptuotos prie naujųjų tikslų. Paanalizuokime deodandų teisę. Deodandas yra negyvas objektas, sukeliantis mirtį. Senojoje teisėje deodandai buvo prilyginami nusikaltėliams ir naikinami. Toks elgesys atitiko teisės kilmę iš keršto. Jei jums skauda, jūs norėsite užsipulti skriaudiką, kas jis bebūtų, o jei aiškiai neskiriate gyvo nuo negyvo – taip pat ir daiktą. Taigi užkritęs ant žmogaus medis tampa deodandu ir turi būti sunaikintas. Palaipsniui tokios nuostatos tapo nebeveikiančios, tačiau, kaip parodė Holmesas, senoji deodandų teisė rado naują pritaikymą. Jūroje įvykusios avarijos auka gali patirti daug sunkumų, mėgindama gauti teisinį atlygį tiesiogiai iš žalą sukėlusio laivo savininko, nes pastarasis gali būti labai toli, netgi užsienio valstybės jurisdikcijoje. Analogiškai deodandų teisei, kodėl paties laivo nelaikyti piktadariu ir neleisti nukentėjusiam pateikti ieškinio laivui pirmame uoste, į kurį jis įplaukė po avarijos? Kol ieškinys neišnagrinėtas, laivui nebūtų leidžiama išplaukti, kol jo savininkai ar valdytojai pateiktų užstatą. Taigi nukentėjusysis galėtų sulaukti sprendimo, išvengdamas kelionės į savininko gyvenamąją vietą. Admiraliteto teisė patvirtino tokį požiūrį ir iki šiol jo laikosi.

Holmesas netikėjo, kad teisės evoliucija baigėsi. Iš tiesų giliai tikėdamas evoliucija visose sferose, jis nemanė, kad žmogaus biologinė evoliucija baigta ir palankiai žvelgė į žmogaus paveldimų savybių gerinimą[26]. Jis netikėjo, jog politinė valdžia pereis darbininkų klasei, o nusikaltimai bus vertinami kaip liga, o ne smerktinas elgesys. Jis manė, kad yra neišvengiami ir netgi pageidautini teisės pokyčiai prisiderinant prie šių permainų, pvz., kad teisė taptų palankesnė profesinėms sąjungoms, ir nemanė, kad

[26] Žr., pavyzdžiui, *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). 1927 m. gegužės 12 d. laiškas Haroldui Laski in *Holmes-Laski Letters*, Mark DeWolfe Howe ed. 1953, t. 2, p. 942 („Aš parašiau ir priėmiau sprendimą [*Buck v. Bell*], patvirtinantį anksčiau galiojusio valstijos įstatymo dėl imbecilų sterilizavimo konstitucingumą, ir jaučiausi priartėjęs prie pirmojo realios reformos principo").

šioms permainoms turėtų trukdyti iš teismų nuomonės išvestų principų laikymasis[27]. Jo tolerantiškas požiūris į federalinius ir valstijų įstatymus, kurių konstitucingumas buvo tikrinamas, atspindėjo jo nuomonę, kad teisė negali būti kliūtis socialiniams pokyčiams. Jo padaryta išimtis vyriausybės pastangoms apriboti žodžio laisvę buvo nuosekli, kadangi būtent socialinių pokyčių oponentai norėjo užgniaužti tą laisvę.

Holmeso nuomonės teismų praktikos klausimais yra išbarstytos tūkstančiuose teismų išvadų, laiškų, akademinių straipsnių, proginių kūrinių ir netgi anekdotų. Būtų nuostabu, jei taip išdėstytos nuomonės būtų nuoseklios, bet taip nėra[28]. Tačiau jos yra nuoseklesnės nei gali atrodyti, ir keletas pavyzdžių padės tą pademonstruoti. Pirmas pavyzdys yra apie Holmeso tikėjimą „objektyvia" sutartinės atsakomybės teorija (iš tikrųjų atsakomybe apskritai, įskaitant ir baudžiamąją atsakomybę): sutarties šalis gali būti priversta prisiimti sutartinį įsipareigojimą, kurio nė viena iš šalių nesiekė, tačiau kuris, atrodo, kyla iš sutarties teksto. Antras pavyzdys yra nekonstitucinių sąlygų doktrinos atmetimas: Holmesas manė, kad, jei asmuo neturi teisės tapti policininku (ar bet kokiu kitu pareigūnu), tai tuomet policininkas neturi teisės skųstis, kai policijos departamento taisyklės riboja darbuotojų žodžio laisvę. Didesnioji galia – galėjimas nepriimti į darbą – apima ir mažesniąją galią – galėjimą iškelti sąlygą, jog norintis įsidarbinti asmuo turi sutikti atsisakyti savo konstitucinių teisių. Holmeso nuomone, objektyvi sutarties teorija kyla tiesiogiai iš paslaptingų, nematerialių dalykų atmetimo; kito žmogaus protas mums yra neprieinamas (ir iš ko protas apskritai susideda?), todėl ketinimų negali būti nustatant teisines pareigas. Nekonstitucinių sąlygų doktrinos atmetimas kilo iš Holmeso įsitikinimo, kad teisė yra politinių galių balanso fiksavimas. Šis įsitikinimas vertė Holmesą visuomet ieškoti galios šaltinio, o teisė turėjo kilti iš jo. Galios, artimai susijusios su fizine jėga (Holmesui galia reiškė gebėjimą mobilizuoti jėgas savo troškimams pasiekti), koncepcija yra patraukli tam, kuris nori materialinio, o ne moralinio pagrindo teisiniams įsipareigojimams[29].

Holmeso idėja apie teisę kaip superstruktūrą yra svarbesnė nei jo atrastas specifinis teisės pagrindas. Ar tuo pagrindu būtų galia, ar su demokratine visuomene glaudžiai susijusi dominuojanti viešoji nuomonė, ar net tam tikras socialinis ar etinis tikslas, pavyzdžiui, socialinės gerovės ar naudingumo maksimizavimas (su tokia idėja Holmesas taip pat koketavo), Holmeso pozicija ragina teisės studentą ieškoti jos taisyklių, išvadų, doktrinų ir institutų paaiškinimo ir už teisės ribų, bent jau už tradicinio „teisės" apibrėžimo ribų. Ši paieška yra ir toliau svarbi teisės teorijos dalis.

[27] Žr., pavyzdžiui, *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 673 (1925) (atskiroji nuomonė): „Jeigu ilgalaikėje perspektyvoje proletariato diktatūroje išreikštiems įsitikinimams lemta tapti priimtinais dominuojančioms visuomenės jėgoms, vienintelė išraiškos laisvės reikšmė yra suteikti šiems įsitikinimams galimybę ir toliau plėtotis".

[28] Tą stipriai pagrindė, nors ir šiek tiek perdėdamas (manau, kad dėl autoriaus simpatijos šiai temai trūkumo) Robert W. Gordon, „*Holmes' Common Law as Legal and Social Science*", 10 *Hofstra Law Review* 719 (1982).

[29] „Aš tikiu, kad kiek įmanoma geromis manieromis sušvelninta jėga yra *ultima ratio*, o dviem grupėms, kurios nori sukurti nesuderinamas pasaulio santvarkas, vienintelė išeitis yra jėga". 1920 m. vasario 1 d. laiškas serui Frederikui Polokui *in Holmes-Pollock Letters* 36 (Mark De Wolfe Howe ed. 1961).

Aš apsistojau prie Holmeso taip ilgai dėl to, kad jo jurisprudencinės idėjos yra tokios žavios ir vaisingos; jis lieka iškiliausia figūra Amerikos jurisprudencijoje. Tačiau suprantama, kad jurisprudencijos istorija nesibaigė su Holmesu. Kitos kartos atstovas Benjaminas Cardozo surinko daugelį Holmeso įžvalgų svarbioje knygoje *The Nature of the Judicial Process* (1921), kuri aiškiai demonstruoja brandžią pragmatišką jurisprudenciją. Holmesas ir Cardozo, drauge su Johnu Chipmanu Gray ir Roscoe Poundu – bet ypač Holmesas – padėjo pagrindus „teisės realistų" judėjimui, klestėjusiam 1920 ir 1930 metais[30]. Aš praleisiu realistus. Turint omenyje jų ir Holmeso požiūrių panašumą ir šioje knygoje akcentuojamą pragmatišką jurisprudenciją, toks praleidimas gali atrodyti stebinantis. Tačiau iš tikrųjų tai daugiau atidėjimas, nei praleidimas; aš kalbu apie realizmą ir dažniausiai jo šiuolaikinį epigoną, kritines teisės studijas, tolesniuose skyriuose. Jei susidaro įspūdis, kad rodau nepagarbą teisės realizmui, tai gali būti tik dėl to, kad ne visai suvokiu, kas jame yra originalaus. Bent jau svarbiausiais teisės klausimais, į kuriuos koncentruojasi ši knyga, teisės realistai mažai ką galėjo pasakyti daugiau, nei Holmesas ir Cardozo jau buvo pasakę.

Holmeso santykis su šiuolaikiniu teisės pozityvizmu[31] nusipelnė komentaro. H. L. A. Harto knygoje *The Concept of Law* (1961) išdėstytoje įtakingoje pozityvistinėje

[30] Apie teisės realizmą žr. Robert Samuel Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (1982); Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, ch. 3 (1978); Andrew Altman, *„Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin"*, 15 *Philosophy and Public Affairs* 205–214 (1986); Charles M. Yablon, *„Law and Metaphysics"*, 96 Yale Law Journal 613, 615–624 (1987); Edward A. Purcell, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, ch. 9 (1973). Apie Cardozo švelnią, bet geliančią teisės realizmo kraštutinumų kritiką žr. *„Jurisprudence"* in *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo: The Choise of Tycho Brahe* 7 (Margaret E. Hall ed. 1947). Terminas „realistas" yra netinkamas. Teisės realistai nebuvo moksliniai realistai (kurie yra „idealistai" bendrąja prasme, nes jie tiki pasaulio egzistavimu už suprantamų duomenų ribos – idealiu pasauliu). Kaip pabrėžė Summersas, jie buvo pragmatikai visomis šio termino prasmėmis.

Teisinis realizmas yra daugiausia amerikietiškas reiškinys. Angliška teisės tradicija yra labai formalistinė, o kontinentinė yra labai užpildyta prigimtinės teisės mąstysenos, kurią gerai apibendrino Peter Goodrich, *Reading in Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techyniques* 6–8 (1986). Kontinentinės tradicijos simpatijos prigimtinei teisei priežastimi gali būti aukštesnė įstatymų leidybos svarba, palyginus su teismais, nei anglų ir amerikiečių tradicijoje. Kontinentinėje sistemoje teisėjų supratingumas paprastai gali būti numanomas (reikšminga išimtis – vokiečių teisėjai Veimaro Respublikoje – žr. 7 sk.), todėl dėmesys nukrypsta į principus, kuriais turėtų vadovautis apsišvietęs įstatymų leidėjas. Visgi nereikėtų perdėti faktinio elgesio skirtumų tarp kontinentinių ir anglų bei amerikiečių teisėjų. Žr. Konrad Zweigart ir Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, t. 1, p. 278–280 (2d rev. ed., Tony Weir trans., 1987).

[31] Dar vienas nesėkmingas žodžių derinys, nes pozityvizmas teisėje reiškia visai ką kita nei filosofijoje. Pozityvizmas teisėje gali reikšti, kad teisinė pareiga nepriklauso nuo moralinės pareigos ir todėl posakis „amorali teisė" nėra oksimoronas, arba kad (stipresnė teisės pozityvizmo versija) teisė gali kilti tik iš teisėjų ar kitų įgaliotų vadžios pareigūnų, t.y. vien tik etinė pareiga negali sukurti teisinės pareigos. Žr. Jules L. Coleman, *„Negative and Positive positivism"*, in Coleman, *Markets, Morals, and the Law* 3 (1988); žr. taip pat David Lyons, *„Moral Aspects of Legal Theory"*, 7 *Midwest Studies in Philosophy* 223 (1982). Bet kuriuo atveju svarbiausia yra tai, kad pozityvioji teisė nebūtinai yra paremta arba patikrinta prigimtine teise.

Pozityvizmas filosofijoje yra idėja, kad tik suvokiami dalykai yra tikri: trumpai tariant, „tikėtina tai, kas matoma". Ian Hacking, *Representing and Intervening: Introductory Topics in the Philosophy of Natural Science* 63 (1983). Ši metafizinė sąvoka su teisės pozityvizmu turi tik bendrą nepasitikėjimą neaiškiais dalykais – žr.

nuomonėje teisė yra teisės leidėjų, teisėjų ir kitų įgaliotų teisės kūrėjų sudaryta taisyklių sistema. Kai taisyklių nebeužtenka ar jos pasirodo netinkamos (kas nutinka dažnai), teisėjai turi diskreciją jas pakeisti, sutvarkyti ar išplėsti tiek, kiek reikia siekiant pritaikyti konkrečiai bylai. Arba kitaip – tačiau išvada vis tiek ta pati – viena iš teisės taisyklių yra jurisdikcijos taisyklė, leidžianti teisėjams pasinaudoti diskrecija, kai pagrindinėse taisyklėse yra spraga ar neaiškumas. Šiuo požiūriu teisėjas, pasak Holmeso, yra tarpinis įstatymų leidėjas.

Holmesas tvirtino, kad teisė yra numatymas, ką teisėjai darys susidūrę su tam tikru faktų rinkiniu. Šį požiūrį išsamiai nagrinėju 7 skyriuje, o dabar tik pažymėsiu jo suderinamumą su įprastesniu pozityvistiniu požiūriu į teisėją kaip taisyklių taikytoją ir tam tikrais atvejais taisyklių keitėją ir rengėją. Abiejuose požiūriuose teisė yra įgaliotų asmenų, teisėjų veikla, o ne koncepcijų (taisyklių, principų ar kt.) visuma. Teisėjai pasinaudoja diskrecija keisti taisykles, bet diskrecija nėra pagrįsta principais, nors jais gali būti ribojama. Iš tiesų kalbėti apie „diskrecijos panaudojimą" gali būti pernelyg skambu. Teisėjai keičia taisykles, ir taškas. Galų gale teisė yra tai, ką teisėjai padaro tavo byloje.

Teisminės diskrecijos idėja – atvira erdvė ar juoda dėžė, ne problemos dėl bylų sprendimo, pritrūkus taisyklių, sprendimas, o tik problemos įvardijimas – yra įtampos šaltinis teisininko profesijoje, kaip sumaniai ji bebūtų pateikta. Jei labai dažnai ir tikrai visuomet pačiose sudėtingiausiose bylose teisėjai yra įstatymų leidėjai, kodėl jiems nėra taikoma tokia pati politinė, šiais laikais – demokratinė – kontrolė kaip įstatymų leidėjams? Du geriausi šiuolaikiniai atsakymai priklauso Hartui ir Sacksui[32] bei Dworkinui[33]. Hartas ir Sacksas aiškino, kad teisėjas yra kitoks įstatymų leidėjas: jo išsilavinimas, procedūros, kurių jis laikosi, ir teisinio mąstymo tradicijos leidžia mums labiau pasitikėti jo sąžiningumu ir kompetencija. Tačiau jie taip pat tikėjo, jog įprastiniai įstatymų leidėjai – Kongreso ar valstijų įstatymų leidybos organų nariai – yra tiek pat skrupulingi ir protingi kaip teisėjai, kurie teisminių ir įstatymo leidybos galių galimą konvergenciją paverčia mažiau keliančia nerimą.

Hartas ir Sacksas rašė politinio ir teisinio konsensuso laikotarpiu, kai vyravo bendras pasitenkinimas įstatymų leidybos veiklos proveržio Naujojo susitarimo metu. Tuomet jų teiginys buvo įtikinantis, tačiau taip jau nebėra. Dworkino atsakymas į klausimą, ar teisėjas yra nedemokratiškas įstatymų leidėjas, atsiradęs konsensusui žlugus, iš pradžių atrodė mažiau įtikinantis. Samprotavimus, kuriuos teisėjams leidžiama naudoti sprendžiant, ar sukurti arba pakeisti taisyklę, Dworkinas vadina „principais" ir

Deryck Beyleveld ir Roger Brownsword, *Law as a Moral Judgment* 4–7 (1986) – bet tai yra šis tas; kaip tvirtina Gordonas, op. cit. 28 p. 722–726, Holmesas bent jau kartais buvo ir mokslinis (arba, kaip kartais sakoma, loginis pozityvistas arba loginis empirikas), ir teisinis pozityvistas. Stiprią teisinio pozityvizmo kritiką žr. Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (1940). Paskutinis pastebėjimas: atkreipkite dėmesį, jog pozityvioji analizė dažnai priešpriešinama normatyvinei analizei, nes pirmoji yra aprašomoji (tačiau nebūtinai pozityvistinė!), o antroji – nurodančioji; šį vartojimą nagrinėsiu 12 skyriuje.

32 Žr. Henry M. Hart, Jr., ir Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (bandomasis leidimas 1958).

33 Žr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977); *A Matter of Principle* (1985); *Laws Empire* (1986).

priskiria pačios teisės daliai, iš esmės – žymiai daliai. Užuot pakeitę teisę ar sukūrę naudotų viešosios politikos sąvokų, Dworkino nuomone, teisėjai interpretuoja principus, kad atrastų turimai bylai taikytiną įstatymą. Principai užima teisingumo formos arba Dievo įstatymų vietą. Tačiau Dworkinas pripažįsta, kad jie nesudaro nuoseklios visumos. Juose yra dažnai tarpusavyje konfliktuojančių nuostatų, tokių kaip niekas negali pasipelnyti iš savo paties piktadarystės, arba sutarčių būtina laikytis, kas sukelia teisėjui keblumų priimant poziciją dėl neteisėtos sutarties pažeidimo. Juose taip pat yra neaiškių normų, pavyzdžiui, vienodas bylas vertinti vienodai, kuriomis lygiai pagrįstai gali remtis abi ginčo šalys. Nepaisydamas to, Dworkinas teigia, kad kiekvienas teisinis klausimas turi teisingą ir klaidingą atsakymus, t. y. atsakymą pagal teisę ir atsakymą, priešingą teisei. Ši išvada yra jo teorijos organinė dalis, o ne įmantrus jos priedas. Jei egzistuotų du teisingi atsakymai į teisinį klausimą, teisėjas turėtų erdvės savo diskrecijai įgyvendinti; galbūt iš tikrųjų jis *turėtų* įgyvendinti diskreciją, o teisė būtų nustatyta neteisiniais samprotavimais. Būtume apėję visą ratą iki pozityvizmo: teisė būtų teisėjų ar kitų pareigūnų valia.

Visgi toks platus teisės apibrėžimas kaip Dworkino nepalieka jokios išeities. Kai apibrėžimo rubrikoje „principai" teisei priskiriamos sudėtingiausioms byloms spręsti teisėjų naudojamos etinės ir politinės normos, tokioje moraliai heterogeniškoje visuomenėje, kaip mūsų, tampa sunku, o kartais ir neįmanoma atskirti, kada sprendimas priimamas vadovaujantis teise, o kada – politinėmis preferencijomis. Dworkinas atskiria politiką ir principą, ir teigia, kad tik pastarasis yra tinkamas pagrindas ir apribojimas teisme skelbiamoms teisėms. Argumentas neįtikina, atskyrimas yra pasirinktinis, o principai – tik politinės nuostatos, tinkančios Dworkino politinio liberalizmo rūšiai. „Principų" ir su jais susijusio termino „teisės" lankstumas, kurį teisėjai plačiai pripažino neteisėtu, Dworkino požiūryje tampa teisėtumo įsikūnijimu, jeigu vertintojas pritaria teisėjo politinėms preferencijoms, o kiti teisėjai, nors ir laikydamiesi teisės, tampa neteisėtumo pavyzdžiais, nes nesilaiko teisės dalimi esančių principų, kokie politizuoti tie principai bebūtų. Drovus teisėjas, kuris baiminasi naujovių ir pasitiki įstatymų leidėjais, o ne normas kuriančiais teisėjais, Dworkino nuomone, elgiasi neteisėtai.

Ironiška Dworkino teorijoje yra tai, kad kuo plačiau apibrėžiama teisė, tuo saugesnis tampa „teisės viešpatavimas" , o ne atvirkščiai. Teisė praranda aiškumą: pirmiausia susilieja su morale, o vėliau, kai pripažįstama, jog visuomenės moraliai įvairi, su politika, t. y. neteise. Jei teisė apima platų politinių principų spektrą, tuomet teisėjai gali politikuoti ir tvirtai teigti, kad jie įgyvendina teisę. „Teisinga" ir „klaidinga" tampa teisės analitiko politiniams draugams ir priešams skirti epitetai. Dworkino, kaip „aktyvių" teismų apologeto, reikšmė ir teisinio pozityvizmo susiejimas, ką darė ir Benthamas, su priešiškumu aktyviems teismams yra akivaizdūs[34].

[34] Tuo Dworkino paskutinės knygos – „Law's Empire" – pavadinimas, nors to ir nesiekta, tampa reikšmingesnis, nes, kaip sako Frankas Michelmanas, Dworkinas galbūt tik norėjo atkartoti Harringtono šūkį „įstatymų, o ne asmenų imperija". James Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in *The Political Works of James*

Dworkinas yra teisus teigdamas, kad teisėjas automatiškai netampa teisės pažeidėju, vos tik jis ima grįsti sprendimo priėmimą moralinėmis ar politinėmis vertybėmis. Tačiau Dworkinas klysta manydamas, jog vertybėmis paremti teismų sprendimai gali patikimai būti paskelbti teisingais ar klaidingais. Nesant socialinio, kultūrinio ir politinio homogeniškumo, teisės sistema negali sukurti demonstratyviai teisingų ar netgi profesiškai privalomų atsakymų į sunkius teisinius klausimus nei teisinės kultūros, nei moralės ir kitų neteisinių normų, kurios yra tradicinės prigimtinės teisės sritis, požiūriu. Be gamtos arba be tokios monolitiškos politinės, socialinės ir moralinės visuomenės, kurioje dominuojančių teisės normų „natūralumas" reikštų jų neabejotinumą, prigimtinė teisė gali būti tik savo pačios šešėlis, tik pavadinimas tiems samprotavimams, kurie nėra nustatyti įstatymų leidėjo, tačiau kurie daro įtaką teisei.

Neseniai Dworkinas pažymėjo teisės interpretacinį pobūdį. Jis teigia, kad net ir novatoriškoje byloje teisėjas nekuria naujos taisyklės, o tik interpretuoja teisės tradiciją. Vis dėlto įsitikinsime, kad interpretavimo koncepcija neturi riboti ir daugelyje sunkiausių bylų neriboja teismų diskrecijos. Dar daugiau, Amerikos teisės tradicija šiuo metu yra tokia turtinga, nevienalytė, prieštaringa ir visapusiška, kad galima nesunkiai surasti srovių ir vienai, ir kitai bylos šaliai paremti. Dworkinas sukūrė turtingą žodyną diskrečiam, politiniam teismų sprendimų priėmimui užmaskuoti.

Ankstesnį paragrafą pradėjau lygindamas ryškų pozityvistą (Trasimachą) ir ryškų prigimtinės teisės šalininką (Platono Sokratą). Ši terminologija atskleidžia vieną skirtumą tarp dviejų konkuruojančių jurisprudencijos mokyklų: moralinį arba atitinkamai politinės teorijos skirtumą. Tačiau taip pat yra episteminis skirtumas. Daugelis, nors ir ne visi, teisės pozityvistų skeptiškai vertina teiginį, kad teisė yra objektyvi ir autonomiška. Jų nuomone, teisė yra pernelyg arti politikos, kad taip būtų. Todėl „ryškūs" prigimtinės teisės atstovai yra linkę tikėti teise, o pozityvistai linkę būti skeptikais. Tačiau tokios koreliacijos nebūtinos. Teisės pozityvistas, kuris tikėjo, kad naudojantis teisinio mąstymo metodais galima neklystamai išsiaiškinti suvereno nurodymus ir juos taikyti, būtų moralinis, bet ne episteminis skeptikas, t.y. jis abejotų, ar teisė yra gera, tačiau neabejotų jos apibrėžtumu. Tuo tarpu prigimtinės teisės atstovas, kuris tiki, kad teisinio mąstymo metodai dažnai nepajėgūs atrasti moralinių tiesų, būtų episteminis, bet ne moralinis skeptikas. (Platonas, atrodo, tikėjo, kad teisinio mąstymo metodai temdo moralinę tiesą.) Štai kodėl pozityvistas gali būti teisės formalistas, o prigimtinės teisės šalininkas – teisės realistas: faktiškai ankstesnė kon-

Harrington 155, 171 (J. G. A. Pocock ed. 1977). Dworkino jurisprudencijos ir jo pasisakymų, ginančių liberalų teismų aktyvumą, santykį aptaria Ken Kress, „*The Interpretive Turn*", 97 *Ethics* 834, 844–846 (1987). Dworkino kūrybos kritiką žr. J.L. Mackie, „*The Third Theory of Law*", in Mackie, *Persons and Values: Selected Papers*, t. 2, p. 132 (Joan Mackie and Penelope Mackie ed.s 1985); Altman, op. cit. 30, p. 232–234; Lawrence A. Alexander ir Michael D. Bayles, „*Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin*", 5 *Social Theory and Practice* 267 (1980); Stanley C. Brubacker, „*Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism*", 46 *Journal of Politics* 503 (1984); Drucilla L. Cornell, „*Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation*", 136 *University of Pensylvania Law Review* 1135 (1988); Weinreb, *Natural Law and Justice*, op. cit. 11, p. 117–122.

junkcija pasitaiko dažnai[35]. Holmesas flirtavo su formalistiniu pozityvizmu, ypač savo „objektyvioje" teorijoje apie sutarčių (ir įstatymų) interpretavimą. Atkreipkite dėmesį, kad jei formalistas, kuris taip pat yra pozityvistas, tiki, jog teisės *šaknys* yra „visiškai politinės", tai *taikant*, jo įsitikinimu, teisė yra nepolitinė, nes teisėjas nevykdo diskrecijos. Tokia pozicija leidžia teisininkui su panieka žvelgti ir į politiką, ir į prigimtinę teisę vienu metu.

Dėl šios priežasties prigimtinės teisės atstovas gali būti pozityvistas – Coke'as ir galbūt Dworkinas savo vėliausiuose darbuose, pabrėžiančiuose interpretaciją, atitinka tokį apibūdinimą. O galbūt ir formalistas gali būti realistas. Ekonominė teisės analizė yra formalus darinys ant realios bazės, todėl nereikėtų stebėtis, kad antiformalistai ją kritikavo už formalizmą, o antirealistai – už realizmą. Ir kiek ekonomikos analitikas stengiasi teisės formai pritaikyti ekonomikos normas, tiek teisės ekonominė analizė įgyja prigimtinės teisės atspalvį.

Šie palyginimai atskleidžia apibūdinimų skurdą, tačiau jie negali visiškai užgožti fakto, kad daugiau nei du tūkstantmečius jurisprudencijos lauke kovoja dvi skirtingos ir nevienalytės grupės. Viena jų teigia, kad teisė yra daugiau nei politika ir sumanių teisėjų rankose, bent jau tam tikru laiku ir esant stabilioms sąlygoms, pateikia teisingus atsakymus į sudėtingiausius teisinius klausimus. Kita grupė aiškina, kad teisė yra įsikūnijusi politika ir teisėjai vykdo plačią diskretišką valdžią. Teisės, kaip objektyvaus darinio ir autonomiškos disciplinos, sampratą gynė tokios įžymybės kaip Antigonas, Sokratas, Coke'as, Blackstone'as, Langdellis, Hartas ir Sacksas bei Dworkinas; pavadinkime juos „legalistais". Teisės kaip politikos, kaip stipresniojo valios arba kaip įgaliotų profesionalų (teisėjų, įstatymų leidėjų ir kt.) veiklos sampratą palaikė taip pat žymūs žmonės: Creonas, Trasimachas, Jokūbas I, Hobbesas, Benthamas, Holmesas ir H. L. A. Hartas; pavadinkime juos „skeptikais". Šis atskyrimas, primenantis Williamo Jameso skirstymą į „lanksčiuosius" ir „griežtuosius", yra netobulas; Sokratas jame ypač prastai dera. O sąrašai yra visiškai neišsamūs. Iš skeptikų aš praleidau – pateiksiu vos keletą pavyzdžių – ne tik Johną Austiną, didįjį Hobbeso paliepimų teisės teorijos aiškintoją devynioliktajame amžiuje, bet ir žymų teisėją Ambrose'ą Bierce'ą, kurio *Devil's Dictionary* glaustai apibrėžia „teisėtumą" kaip „suderinamumą su jurisdikcijos teisę turinčio teisėjo nuomone"[36], taip pat ir kritinių teisės studijų judėjimo narius, teisės realistų pasekėjus[37]. Ne tokie egzotiški kaip Dworkinas

[35] Pavyzdžiui, Rolf Sartorius, *„The Social Policy and Judicial Legislation"*, 8 *American Philosophical Quarterly* 151 (1971).

[36] The Collected Writings of Ambrose Bierce 289 (1946).

[37] Žr. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987); Goodricho anksčiau cituota puiki knyga, op. cit. 30; *The Politics of Law: A Progressive Critique* (David Kairys ed. 1982); Mark Tushnet, *„Critical Legal Studies: An Introduction to Its Origins and Underpinnings"*, 36 *Journal of Legal Education* 505 (1986). Kritinių teisės studijų kritiką žr. Martin Krygier, *„Critical Legal Studies and Social Theory – A Response to Alan Hunt"*, 7 *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (1987); William Ewald, *„Unger's Philosophy: A Critical Legal Study"*, 97 *Yale Law Journal* 665, (1988); Joseph Isenbergh, *„Why Law?"*, 54 *University of Chicago Law Review* 1117 (1987).

šiuolaikiniai legalistai yra Charlesas Friedas, Walteris Bernsas ir Michaelis Oakeshottas[38]. Legalistų siūlomos nuomonės yra ne tik labiau tinkamos teisininko profesijai už siūlomas skeptikų, bet ir labiau humaniškos bei pamokančios; už Teisių bilyje ir 14-oje pataisoje įrašytas charakteringas anglų ir amerikiečių laisves turime būti dėkingi legalistams Coke'ui ir Blackstone'ui. Skeptikai, išskyrus H. L A. Hartą, šiek tiek baugina, tačiau mėginimai susieti juos su fašizmu ir kitokiu siaubu[39] yra neteisingi ir iš tiesų atsiduoda isterija. Tačiau, mano nuomone, nors skeptikai yra per daug skeptiški ir pozityvistai, jie geriau supranta teisės realijas.

Likusi knygos dalis yra skirta pagrindiniams dviejų grupių ginčams ir iš jų kylantiems klausimams nagrinėti. Aš pasisakysiu prieš „dirbtinį protą", prieš Dworkino „teisingo atsakymo" tezę, prieš formalizmą, prieš visaapimančias teisingumo koncepcijas, pvz., „pataisomąjį teisingumą", „prigimtinę teisę", „gerovės maksimizavimą", ir taip pat prieš „stiprų" teisinį pozityvizmą, tačiau ne prieš kukliausias šių teorijų versijas. Pateiksiu argumentų „už" teisės „veiklos" teoriją – teoriją, kuria remiasi Holmeso numatymo teorija; už biheviorizmą ir todėl „prieš" „įmantrias" mentalizmo, tyčios ir laisvos valios koncepcijas; „už" kritišką, kaip kitokį nei konstruktyvų, logikos panaudojimą; „už" idėją, kad teisėjo tikrasis tikslas sudėtingose bylose yra surasti pagrįstą, o ne demonstratyviai teisingą rezultatą; ir „už" teisėjo kaip atsakingo pareigūno, o ne kitoje politinės sistemos grandyje priimto sprendimo perdavimo tarpininko koncepciją. Be to, pasisakysiu „už" objektyvumą kaip kultūrinį ir politinį, o ne episteminį sprendimų bruožą, „už" teisės viešpatavimo vertybių balansą su teisingais ir diskrečiais samprotavimais specifinėje byloje, „už" didesnį teisės atvirumą mokslui, tačiau su deramu nepataisomai autoritarinio teisės pobūdžio, kuris riboja mokslinį etosą teisėje, vertinimu, ir pagaliau „už" konsekvencinę interpretacijos teoriją. Trumpai tariant, pasisakysiu „už" funkcionalią, prisotintą politikos, nelegalistinę, natūralistinę ir skeptišką[40], tačiau jokiu būdu ne cinišką teisinio proceso koncepciją; vienu žodžiu (nors bijau, kad tai netikslus žodis) – už *pragmatišką* jurisprudenciją.

Tai nėra mano išradimas. Holmesas, Cardozo ir realistai buvo pragmatikai, nors Holmesas nevisiškai; teisinis pragmatizmas turi gynėjų ir šiais laikais, nors jie ir nesutiks su daugeliu mano argumentacijos teiginių[41]. Ši argumentacija, pridėsiu, yra ir pozi-

[38] Žr. Fried, „*The Artificial Reason of The Law or: What Lawyers Know*", 60 *Texas Law Review* 35 (1981); Berns, *Taking the Constitution Seriously* (1987); Oakeshott, „*The Rule of Law*" in Oakeshott, *On History, and Other Essays* 119 (1983). Friedas atstovauja tokiai mąstymo srovės mokyklai, kurią vadinu netradicionalizmu ir nagrinėju 14 skyriuje. Kritines teisės studijas aptariu daugelyje vietų, bet ypač 1, 4, 8 ir 13 skyriuose. Savo ruožtu nagrinėju ir kitas šiuolaikines tendencijas teisės teorijoje, susijusias su šios knygos klausimais, įskaitant feminizmą (žr. 13 skyrių) bei teisę ir ekonomiką (12 skyrius).

[39] Šiuos bandymus deramai aptaria Purcell, op. cit. 30, 9 skyrius.

[40] „Skeptišką" vartoju įprastine, o ne filosofine prasme; tai yra skepticizmas kaip požiūris, bet ne kaip metafizika. Žr. Michael Williams, „*The Elimination of Metaphysics*", in *Fact, Science and Morality: Essays on A. J. Ayer's „Language, Truth, and Logic"* 9, 14–16 (Graham Macdonald and Crispin Wright eds. 1986).

[41] Žr., pvz., Summers, op. cit. 30; Daniel A. Farber, „*Legal Pragmatism and the Constitution*", 72 *Minnesota Law Review* 1331 (1988); perspektyvistinį požiūrį Martos Minow straipsnyje „*The Supreme Court, 1986 Term:*

tyvistinė, ir normatyvinė, t.y. ir aprašomoji, ir vertinamoji. Aš teigiu, kad Amerikos teisė iš tikrųjų yra ir turi būti pragmatiška, ir kad ji gali būti patobulinta geriau suvokus jos pragmatiškąjį pobūdį.

Terminą „pragmatiškas" vartoju ne paviršutiniškąja, o filosofine prasme, tuo siedamas jį su Amerikos filosofų pragmatikų – Peirce'o, Jameso, Dewey, Meado, Kuhno ir Rorty – teorijomis, taip pat ir tų pačių pažiūrų Europos filosofų, būtent Wittgensteino ir Habermaso teorijomis[42]. Šioje grupėje yra didžiulė įvairovė. Jos nariai taip pat turi artimų ryšių su kitais filosofais, kurie nepriskiriami pragmatikams. Tarp jų yra Emersonas, Nietzsche ir Popperis; utilitaristai (kurie kaip ir pragmatikai yra didžiuliai instrumentalistai), kaip, pvz., Benthamas; Britanijos empirikai Hume'as, Millis (taip pat utilitaristas, žinoma) ir Russellas; ir tokie šiuolaikiniai analitiniai filosofai kaip Quine'as ir Davidsonas[43]. Ne tik sunku pasakyti, kada peržengiama riba tarp pragmatizmo ir jam artimų filosofi-

Foreword, Justice Engendered", 101 *Harward Law Review* 10 (1987); ir Grey puikų straipsnį *„Holmes and Legal Pragmatism"*, op. cit. 25. Gera senesnė diskusija apie pragmatišką jurisprudenciją, pabrėžianti (ką darau ir aš, ir Grey) Johno Dewey pragmatizmo rūšį, yra Edwin W. Patterson, *„Pragmatism as a Philosophy of Law"*, in *The Philosophy of the Common Man:* Essays in Honor of John Dewey to Celebrate His Eightieth Birthday 172 (1940); taip pat in Patterson, *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*, sk. 17 (1953). Summerso knygoje, palyginus su manąja, yra daugiau istorinis, o ne filosofinis akcentas ir ji koncentruojasi į teisės realistus. Farberio straipsnyje yra ypač geras atsakymas į Dworkino kritiką teisinio pragmatizmo atžvilgiu, kuri išdėstyta *Law's Empire*, op. cit. 33, p. 151–164 (taip pat žr. rodyklės nuorodas prie „Pragmatizmo" knygoje *Law's Empire*). Žr. 72 *Minnesota Law Review*, p. 1343–1347. Dworkinas vartoja terminą „pragmatizmas" paprastąja, „darbine" prasme; todėl „pragmatikas mano, kad teisėjai turi visuomet stengtis vardan ateities aplinkybėmis, kurios nereikalauja gerbti ar užtikrinti principinio nuoseklumo kitų pareigūnų atliktais ar atliksimais darbais". *Law's Empire*, op. cit. 33, p. 161. Tai nėra įdomi ar darni pragmatizmo versija, teigianti, jog pragmatiškas teisėjas yra *ad hoc* sprendimus priimantis asmuo, kuris nevertina nuoseklumo precedentui ir ištikimybės įstatymų bei konstitucijos tekstams naudos. Tai tolygu pasakymui, kad pragmatiškasis teisėjas ignoruoja visas sistemines – kaip kitokias nei konkrečios bylos – savo sprendimo pasekmes; niekas pragmatizme nesuteikia pagrindo ir iš tikrųjų neleidžia tokios supaprastintos teisėjo užduočių koncepcijos.

42 Apie susidomėjimo pragmatiška filosofija atgimimą žr. *Anti-Foundationalism and Practical Reasoning: Conversations between Hermeneutics and Analysis* (Evan Simpson ed. 1987); Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity* (1989); Rorty, *Consequences of Pragmatism* (Essays 1972–1980) (1982), esp. p. 160–166; Cornel West, *The American Evasion of Philosophy: A Genealogy of Pragmatism* (1989); Hilary Putnam ir Ruth Anna Putnam, *„William James'a Ideas"*, 8 *Raritan*, Winter 1989, p. 27; Richard H. King, *„In Other Words': The Philosophical Writings of Richard Rorty"*, 19 Journal of American Studies 95 (1985); Joseph Margolis, *Pragmatism without Foundations: Reconciling Realism and Relativism* (1986) (trilogijos *The Persistence of Reality*, t.1); *Pragmatism: Its Sources and Prospects* (Robert J. Mulvancy and Philip M. Zeltner eds. 1981). Bazinê informaciją žr. John E. Smith, *Purpose and Thought: The Meaning of Pragmatism* (1978); David A. Hollinger, *In the American Province: Studies in the History and Historiography of Ideas*, sk. 2 (1985); H. S. Thayer, *Meaning and Action: A Critical History of Pragmatism* (1968). Nors Richardas Rorty yra žinomiausias Amerikos pragmatikas, o jo esė „The Priority of Democracy", in *The Virginia Statute for Religious Freedom: Its Evolution and Consequences in American History* 257 (Merrill D. Peterson and Robert C. Vaughan eds. 1988), yra ypač geras įvadas į pragmatizmą, aš atmetu Rorty romantišką ir nemokslišką pragmatizmo rūšį. Žr. 12 skyrių. Ir jaučiu labai mažai simpatijų daugumai Habermaso pažiūrų.

43 Apie pragmatizmo ir britiškojo empirizmo santykį žr. A. J. Ayer, *The Origins of Pragmatism: Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce and William James* (1968).

nių tradicijų, bet ir pragmatizmo šerdis, jei tokia egzistuoja, turi pernelyg įvairių formų, kad pragmatizmas būtų vieninga filosofija ar filosofijos mokykla naudingąja prasme. Jam trūksta tokio vieningumo, kokį turi loginio pozityvizmo mokykla – artima pozityvizmo kaimynė ir sykiu konkurentė. Pasakyti, kad kažkas yra pragmatikas, beveik nieko nereiškia. Man patinkanti pragmatizmo kryptis pažymi mokslines vertybes (proto atvirumą, jokių beprasmiškų tyrimų), iškelia tyrimo procesą virš tyrimo rezultatų, judėjimui teikia pirmenybę prieš sąstingį, nemėgsta išskyrimų, neturinčių praktinių skirtumų – kitaip sakant – „metafizikos", abejoja „objektyvia tiesa" bet kurioje tyrimo srityje, nesidomi adekvataus filosofinio pagrindo sukūrimu savo tezėms ir veiksmams, mėgsta eksperimentuoti, erzinti šventas karves ir atsargiai prognozuoti ateitį nei laikytis nuoseklumo su praeitimi. Aš kalbu daugiau apie požiūrį nei apie dogmą; tai yra požiūris, kurio bendras vardiklis yra „į ateitį orientuotas instrumentalizmas, siekiantis panaudoti mintį kaip ginklą, leidžiantį efektyviau veikti"[44]. Šioje knygoje dažnai puolamos dogmos ir siekiama padėti iškilti pragmatizmui kaip natūraliai alternatyvai.

Kai kurios citatos iš Cardozo *The Nature of the Judicial Process* suteiks pragmatinės jurisprudencijos atspalvio ir pagrįs tolesniuose skirsniuose dėstomas temas. „Galutinis teisės tikslas", rašo Cardozo, „yra visuomenės gerovė". Štai tiek dėl formalistinės idėjos, kurios mokslinė kilmė ir pretenzijos yra akivaizdžios, apie teisę kaip nekintamų principų visumą. Cardozo nenori pasakyti, kad (pavyzdžiui) spręsdami įstatymų atitikties Konstitucijai klausimus teisėjai „gali laisvai sukeisti vietomis savo mintis apie protą ir teisingumą su vyrų ir moterų, kuriems jie tarnauja, mintimis. Jų matas turi būti objektyvus", tačiau objektyvus pragmatine prasme, t.y. ne išorinės realybės atitikties prasme. Jis rašo, kad „tokiuose reikaluose svarbu yra ne tai, ką aš manau esant teisinga. Svarbu tai, ką aš pagrįstai manau, kad atrodys teisinga kitam normalaus intelekto ir sąžinės asmeniui".

Teisės taisykles reikia vertinti instrumentiniais terminais, iš kurių seka ginčytinumas, peržiūrimumas ir kintamumas. „Šiais laikais tik kelios taisyklės yra taip gerai įtvirtintos, kad vieną dieną nebūtų galima suabejoti jų priemonės tikslui pasiekti egzistavimo pagrįstumu. Jei jos neveikia, vadinasi, yra liguistos. Jei liguistos, jos neturėtų ginti kitų tokių pačių taisyklių. Kartais jos išraunamos su šaknimis. Kartais jos paliekamos su tęstiniu šešėliu, tačiau sterilizuojamos, apkapojamos nebegali pakenkti". „Kartais manau, kad per daug nervinamės dėl mūsų klaidų besitęsiančių pasekmių ... Begaliniame vis naujų bandymų procese veikia nuolatinis atliekų atmetimas; „potvynis pakyla ir atslūgsta, bet klaidos smiltelės toliau byra".

Teisė žvelgia į priekį. Tai kyla iš teisės instrumentalistinės koncepcijos, kuri yra pragmatiška teisės, kaip žmogaus poreikių tarnaitės, koncepcija. „Ne kilmė, o tikslas yra svarbiausia. Neišmintinga rinktis kelią, kol nežinai, kur jis nuves ... Gerai veikianti taisyklė sukuria pripažinimo vertą teisės dokumentą ... Teisėjų parinkimo bazinis principas ... yra tikslo atitikimas". Ypač verta atkreipti dėmesį į „teisės dokumentą"; tai priekaištas formalistams, reikalaujantiems, kad teisės galiojimas priklausytų nuo jos „kilmės", t.y. pademonstruojant, iš kokio autoritetingo šaltinio ji kilo.

[44] West, op. cit. 42, p.5.

Kur teisėjui pasisemti žinių, reikalingų teisę formuojantiems socialiniams interesams pasverti? „Galiu atsakyti tik tiek, kad jis jų turi semtis iš savo žinių ... patirties, studijų ir mąstymo; trumpai tariant, iš paties gyvenimo". Tai nėra aišku, bet užuominos – teisinga linkme. Teisėjas nėra tik teisinės medžiagos aiškintojas. Jis ne tik atranda, bet ir kuria teisę: Johnas Marshallas „suteikė Jungtinių Valstijų Konstitucijai savo paties proto žymę; mūsų konstitucinės teisės forma yra tokia, kokia yra dėl to, kad jis suformavo ją tuo metu, kai ji dar buvo plastiška ir lanksti jo įsitikinimų ugnyje".

Vienas šios knygos tikslų – išplėsti šias įžvalgas ir jas atnaujinti.

Knygoje yra penkios dalys. Pirmose keturiose koncentruojuosi į svarbiausius mėginimus suteikti teisei patenkinamą filosofinį pamatą, o paskutinėje nagrinėju antipamatinius požiūrius. I dalis skirta teisės epistemologijai. Pagrindiniai klausimai yra: kas yra teisinis mąstymas, kiek jis pajėgus suteikti žinių, o ne vien nuomonę ar įsitikinimą? Tyrinėju tikslaus tyrimo (loginio ir mokslinio) vaidmenį teisėje ir atrandu, kad jis yra ribotas; taisyklių vaidmuo teisėje atitinkamai taip pat ribotas. Toliau diskutuoju apie teisinį mąstymą kaip praktinio mąstymo rūšį, suprantamą kaip įvairių mąstymo metodų rinkinį (įskaitant intuiciją, autoritetą, analogiją, svarstymą, aiškinimą, tylų žinojimą, teiginių išbandymą laiku ir daug kitų), kurį žmonės naudoja, kai nebeužtenka logikos ir mokslo. Nors šie metodai dažnai sukuria apibrėžtus rezultatus teisėje, pasitaiko atvejų – ir pastarieji yra teisės evoliucijos krizės – kai taip neatsitinka ir tuomet teismų sprendimai priverstinai pagrindžiami politika, socialinėmis vizijomis, „vertybėmis" ir net „išankstine nuomone" (Gadamerio išankstinio nusistatymo prasme). Sunku vertinti, ar tokie sprendimai yra „teisingi", ar „klaidingi"; apodiktinio tikrumo žodynas netinka. Turbūt aukščiausias teisėjo troškimas yra sprendimo pagrįstumas.

II knygos dalyje tie patys klausimai nagrinėjami kitu – ontologijos – požiūriu. Epistemologija ir ontologija yra artimai susijusios: pirmoji nagrinėja mūsų galimybę pažinti, antroji – kas egzistuoja, ką galima būtų pažinti. Kuo mažiau yra ką pažinti, tuo sunkiau žinoti daug. Tačiau galima taip pat manyti, jog, pavyzdžiui, yra moralinė „realybė" (pavyzdžiui, Platono Formos), bet mes neturime būdo jai pažinti, ir atvirkščiai – kad nėra moralinės „realybės", bet yra įmanomas objektyvus moralinių pareigų pažinimas galbūt konsensuso ar susitarimo būdu. II dalyje klausiama, kokie yra teisinio tyrimo „objektai"? Kokia prasme egzistuoja teisė ir netgi „faktas"? Aš klausiu ne tik apie akivaizdžiai problemiškas sąvokas, pavyzdžiui, ketinimą. Daugelio pavyzdžių, įskaitant nusikalstamą ketinimą, priverstinį prisipažinimą, teisinę faktų paiešką, teisėjų elgesį, pagalba ir diskutuodamas apie tai, kas yra teisė, aš argumentuoju, kad teisiniam tyrimui trukdo daugelio svarbiausių teisės sąvokų išsisukinėjantis pobūdis. Teisinė mintis negali tapti objektyvia dėl to, kad ji yra priderinama prie „realaus" pasaulio. Jos objektyvumas, kiek jo bebūtų, priklauso kultūrinei vienybei, o ne metafizinei realybei ar metodologiniam griežtumui.

III dalyje daug detaliau už I imuosi nagrinėti interpretavimo klausimą, kuris kartais laikomas teisės objektyvumo raktu ne tik statutinėje ir konstitucinėje teisėje, bet ir *common law*, kuri atvirai yra sukurta teisėjų. Tvirtinu, kad terminas „interpretacija" yra toks glaudus (iš dalies dėl to, kad interpretacijos koncepcija ar aktyvumas tarnau-

ja daugeliui skirtingų funkcijų), jog dažnai jis tėra figos lapelis teismų diskrecijai pridengti, o ne vadovas į sprendimų priėmimą. Tuo nenoriu pasakyti, kad visi teisiniai tekstai nepasiduoda nagrinėjimui – greičiau priešingai. Daugelis tokių tekstų perduoda tiesią, lengvai iššifruojamą žinią. Tačiau priešingu atveju nei teorija, nei „interpretavimo" praktika nepateikia objektyvaus pagrindo teismo sprendimui. Todėl verčiau nekreipti dėmesio į šį terminą ir koncentruotis į teisinio teksto, kurio prasmė neaiški, siūlomo taikymo praktinių pasekmių palyginimą.

IV dalyje, perkeldamas akcentą nuo metafizikos (I ir II dalys) ir hermeneutikos (III dalis) į moralinę ir politinę filosofiją, nagrinėju įvairias jungiančias teisės koncepcijas, kurios galėtų būti panaudotos teisiniam tyrimui nukreipti. Koncepcijos siekia nuo pataisomojo teisingumo ir gerovės maksimizavimo iki rūpybos feministinės etikos ir radikalių komunarų romantiškų lūkesčių, pakeliui paminint egalitarizmą, prigimtines teises ir pilietinį respublikonizmą. Pirmosios dvi koncepcijos iš paminėtų vaidina svarbų vaidmenį nukreipiant teisinį tyrimą, tačiau nė viena (ir netgi abi kartu) negali sureguliuoti visos teismų sprendimų priėmimo erdvės. Kitos koncepcijos yra pažeidžiamos griežtos kritikos. Paremdamas svarbų pataisomojo teisingumo vaidmenį ir ragindamas suteikti tik ribotą vaidmenį gerovės maksimizavimui, šioje knygoje keičiu kai kuriuos anksčiau išsakytus savo požiūrius.

V dalyje tyrinėju pastangas atrasti alternatyvų naujoms ir tradicinėms teisės sistemoms. (IV dalies įžangoje gerovės maksimizavimo požiūris į teisę išdėstomas pragmatiškais terminais.) Pirmame skyriuje nagrinėju „atgal prie pagrindų" judėjimą, kurį vadinu neotradicionalizmu, besiremiantį Aristoteliu ir Burke'u bei pasisakantį už jurisprudenciją, pabrėžiančią atsargumą ir profesinę tradiciją, o ne dedukciją iš pirminių principų. Tvirtinu, kad neotradicionalizmas nėra labiau nukreipiantis už tarpdisciplininio tyrimo būdus, kuriems jis pateikiamas kaip alternatyva. Baigiamajame skyriuje surenku po visą knygą išmėtytus savo teiginius ir pasisakau už naują pragmatišką jurisprudenciją, kuri, nors ir panaši į neotradicionalizmą kai kuriais aspektais, visgi nuo jo skiriasi, o kartais netgi prieštarauja.

Kaip turėtų paaiškėti iš šio, nors ir labai paviršutiniško, apibendrinimo, knygoje aptariama, ar ir kokia prasme bei apimtimi teisė yra objektyvių ir apibrėžtų, o ne tik asmeninių ar politinių atsakymų į ginčytinus klausimus šaltinis. Pasinaudodamas trimis objektyvumo prasmėmis – ontologine, moksline (pakartojamumas, konvergencija) ir šnekamąja – tvirtinu, kad pirmąja prasme užduotis yra visiškai nepasiekiama daugumoje bylų; antrąja prasme – kartais pasiekiama, tačiau, atsižvelgiant į teisininko profesijos požiūrius bei suvaržymus ir nagrinėjamų problemų pobūdį, dažnai ne; o trečiąja prasme – pasiekiama, tačiau tai mažai ką pasako. Šnekamasis metodas negali duoti rezultato sunkiose bylose, kai visuomenė yra heterogeniška. Tačiau tai yra daugžodžiavimas, nes bylos ir tampa sudėtingomis dėl kultūrinės, socialinės ir politinės įvairovės. Šiuolaikinė Amerikos teisė tuomet yra labai objektyvi nesudėtingose bylose, menkai objektyvi sudėtingose bylose, tačiau labai retai būna griežtai apibrėžta arba tiktai politiška. Vienintelis kelias į didesnį objektyvumą yra siekti, kad teismai ir įstatymų leidėjai būtų labiau homogeniški kultūriškai ir politiškai. Tai kainuotų brangiai, net jei

būtų įmanoma. Taip pat atsirastų kaštų dėl teismų ir įstatymų leidybos organų homogeniškumo; teisė taptų labiau politiška, kas sugriautų tikras ir vertingas (nors ribotas) teisės viešpatavimo socialines vertybes.

Kraštutinės pozicijos yra įdomesnės, tačiau jurisprudencijoje tiesa ir gėris surandami tarp formalistinio ir „realistinio" kraštutinumų, kuriuos aprašė Menkkenas:

> Vidutinio Amerikos teisėjo ... mintyse yra ne daugiau kompromisų nei žiurkės urvą stebinčio terjero galvoje. Jis konvertuoja teisę į įvairius spaudus, kuriuos deda ant apnuogintų ir teisybės, ir neteisybės griaučių. Jam alternatyva, kaip paprastai suprantama, yra tokia pat blogybė – juodos mantijos pakylėtas personažas, godžiai ryjantis kiekvieną naujai pasirodžiusią Perunos rūšį, ir konvertuojantis savo sakyklą į kažką pramanytą[45].

Mano pozicija gali pasirodyti nuobodžiai centristinė, bet ji išprovokuos ir tikruosius profesijos centristus, kurie labai nori tikėti, kad teisė yra autonomiška ir apolitiška; ir politinius aktyvistus, kurie nori pastumti teisę kairėn ar dešinėn. Kairieji ją kritikuos už autoritarizmą ir pernelyg didelį pasitenkinimą, o dešinieji – už cinizmą ir amoralumą. Ji gali pasirodyti tiesiog senamadiškas teisinis realizmas su konservatorišku atspalviu, kurio nekenčia realistai, tačiau tai nebūtų tikslus apibūdinimas. Kitaip nei Holmesas ir kiti teisės (ir logikos) pozityvistai, aš nemanau, kad teisinius klausimus galime skirstyti į turinčius neabejotinus atsakymus ir į tuos, kurių atsakymai nepasiduoda racionaliems metodams, o priklauso nuo teisėjo valios ar politinių kaprizų. Aš nesu „stiprus" teisės pozityvistas kaip Holmesas; iš tikrųjų aš priešinuosi dalijimui į pozityviąją ir prigimtinę teisę. Mano pozicija daugiau remiasi filosofiniu pragmatizmu nei realistų judėjimas. Jei galėčiau rinktis, priskirčiau save prie skeptikų, tačiau pragmatiškas požiūris gali suteikti galimybę iškilti virš legalistų ir skeptikų konflikto. Kartoju, jog tie teisės pozityvistai, kurie tiki, kad suvereno paliepimai yra lengvai išaiškinami, yra formalistai bent jau ta prasme, kad jie tiki teisingais atsakymais į visus ar beveik visus teisinius klausimus. Aš nesu formalistas.

Nors kartas nuo karto pasinaudosiu nuorodomis į Holmesą, Dworkiną, H. L. A. Hartą ir kitus teisėjus, nesiimsiu detaliai nagrinėti konkuruojančių mokyklų tekstų ir argumentų, kuriuos tik bendrais bruožais nupiešiau, kad skaitytojas susidarytų nuomonę, apie ką bus kalbama likusioje knygos dalyje. Ir nors knygos pabaigoje galintis pasirodyti nesėkmingas ieškojimas, kaip patikimai pagrįsti teisės objektyvumą ir autonomiškumą, suteikia knygai struktūrą, o ieškojimas iš tiesų yra tik skeletas, o ne kūnas. Noriu paraginti skaitytojus pasidomėti mano analizės detalėmis, o ne tik kryptimis ir išvadomis. Jei po to jie vis dar manys, kad destruktyvios ir konstruktyvios kritikos santykis yra per didelis, aš jiems siūlau įsigilinti į Voltaire'o atsikirtimą į priekaištus, jog jis nepasiūlo jokios alternatyvos krikščionybei: „Je vous délivre d'une bête féroce, et vous me demandez par quoi je la remplace!"[46]

[45] H. L. Mencken, „Mr. Justice Holmes", in *The Vintage Mencken* 189, 195 (Alistair Cooke ed. 1955) (esė pirmą kartą išspausdinta 1932 m.).

[46] „Aš jums atskleidžiu plėšrūno žiaurumą, o jūs manęs klausiate, kuo jį pakeisti".

I DALIS

TEISĖS EPISTOMOLOGIJA

1 SKYRIUS

Teisė kaip logika, taisyklės ir mokslas

Šis skyrius prasideda tyrimu, ar teisė yra ir kiek ji yra objektyvi, nešališka ir apibrėžta. Kalbant kitais žodžiais, ar ji daro išorinį (tačiau nebūtinai efektyvų – tai kitas klausimas) poveikį teisėjams. Anksčiau būdavo klausiama: „Ar teisėjai atranda, ar kuria įstatymus", kas dabar laikoma naiviu klausimu. Aš siūlau nuosaikiai skeptišką atsakymą iš dviejų dalių. Pirma, į daugelį svarbių teisinių klausimų, nors tikrai ne visus ar gal netgi tik mažą jų dalį, negalima atsakyti naudojant teisinio argumentavimo metodus iš dalies dėl to, kad šie metodai nėra tokie pat stiprūs kūrybos instrumentai kaip kritika. Antra, kai argumentacija baigsis ir teisėjas bus priverstas taikyti politines nuostatas, pirmenybes, vertybes, moralės normas, visuomenės nuomonę ar bet kokias kitas nuostatas, kurių gali prireikti ieškant atsakymo į teisinį klausimą teisėjui ir jo kolegoms priimtinu būdu, tai reikš, kad atsakymas dažnai bus neapibrėžtas. Jei pralenkdami būsimą diskusiją „tiesa laikysime tai, kas kyla iš laisvo ir neriboto laike tyrimo"[1], tuomet neapibrėžtumas yra būsena, kurioje laisvas tyrimas yra begalinis: kur nėra šviesos tunelio gale. Taip dažnai nutinka teisėje.

Pirmoji mano darbo dalis paneigia Kouko „dirbtinį argumentą", tačiau dera su galimybe, kad teisinė išvada gali tapti apibrėžta naudojant nieko bendra su teisės mokslu ir mokymu neturinčius analizavimo metodus. Antroji dalis paneigia mintį, kad, kokie šaltiniai ar procedūros bebūtų taikomi, į kiekvieną teisinį klausimą yra teisingas atsakymas. Dirbtinio argumento teorija atspindi nostalgiją prarastam teisės autonomijos pojūčiui bei teisingo atsakymo teorijos nostalgiją prarastajam tikrumui. Aš nesutinku su abiem teorijomis, tačiau nesutinku ir su radikaliu skepticizmu, kuris prilygina teisę politikai (ir tokiu būdu teisėją – įstatymų leidėjui ar kitam politikui), kuris visą teisinę analizę vertina kaip plepalus, o visus teisinius klausimus kaip neapibrėžtus. Nors terminas „politika" turi daug reikšmių ir kai kurios iš jų apima „teisę", neteisinga teigti, kad tai, ką daro teisėjas, negalima atskirti nuo įstatymų leidėjo ir vykdomosios valdžios pareigūno veiksmų.

[1] Joseph Rouse, *Knowledge and Power: Toward a Political Philosophy of Science* 7 (1987). Tai nėra patenkinamas tiesos apibrėžimas, kaip matysime 3 skyriuje, patenkinamo tiesos apibrėžimo nėra, tačiau tai yra naudingas tiesos kriterijus.

Taigi šiame skyriuje, kaip ir visoje knygoje, aš susiduriu su dviem nuomonėmis. Aš ginu savo vidurio poziciją visų pirma kritikuodamas kraštutinumus, ypač teisingo atsakymo ir dirbtinio argumento kraštutinumą, kuris yra lengviau apginamas ir įtakingesnis. Ar mano argumentais patikėjęs skaitytojas manys, kad įrodžiau, jog stiklinė pusiau pilna ar pusiau tuščia, priklausys nuo skaitytojo suvokimo, kiek objektyvi, nešališka ir apibrėžta teisė turi būti, kad būtų verta teisės vardo. Bet tai savaime neužtikrina piliečių pagarbos. Teisė gali būti labai objektyvi ir nešališka, tačiau iš esmės neteisinga. Teisingumo tyrimus atidėsime vėlesniems skyriams, tačiau formalaus teisingumo ir teisingumo iš esmės santykį reikia turėti omenyje nuo pat pradžių.

Kad atsakytume, kaip žmonės, ir būtent teisėjai, gali įgyti teisingus įsitikinimus teisiniais klausimais, reikės atsižvelgti į įvairius metodus, kuriais neteisininkai įgyja teisingus įsitikinimus neteisiniais klausimais. Taip pat reikės atsižvelgti į tai, ar šiuos metodus naudoja teisininkai ir teisėjai. Metodai gali būti suskirstyti į dvi dideles grupes: tikslų tyrimą ir praktinį argumentavimą. Šiame skyriuje nagrinėsime pirmąją grupę.

Silogizmas ir kiti logikos metodai

Pradėsiu nuo tinkamo ir gerai žinomo (nors, kaip matysime, nestandartinio) silogizmo: „Visi žmonės mirtingi; Sokratas yra žmogus; vadinasi, jis mirtingas." Argumentacijos teisingumas – ne išvados tikslumas, kuris priklauso nuo prielaidų tikslumo – atrodo visiškai neabejotinas. Bet taip yra tik todėl, kad išvada apie Sokrato mirtingumą yra jau pirmoje prielaidoje, „žmogaus" sąvokoje. Ši prielaida sako, kad egzistuoja „dėžė", vadinama žmonėmis, kurioje yra daug narių ir kiekvienas iš jų yra mirtingas. Antroji prielaida praneša mums, kad daiktai dėžėje turi pavadinimus ir kad vienas iš šių pavadinimų yra „Sokratas". Kai dėžėje pasirenkame Sokratą, žinome, kad jis mirtingas, nes tik mirtingi nariai yra dėžėje. Mes turime tik tai, ką ir įdėjome.

Taigi metaforos – dėžės metaforos – pagalba suvokiame įtikinančią silogizmo reikšmę. (Gali atrodyti keista, kad tikėjimas logikos tiesomis turi būti stiprinamas metaforomis, tačiau tai yra logikos ribotumo ir metaforos reikšmės pažinimo priemonė). Tolstant nuo paprasčiausių ir aiškiausių, kaip silogizmai, loginio mąstymo pavyzdžių, šio mąstymo pobūdis ir įtikinamumas tampa mažiau aiškūs. Mums atrodo, jog teiginys $2 + 2 = 4$ yra lygiai taip pat iš anksto teisingas kaip ir teiginys „Sokratas yra mirtingas". Tačiau kadangi pavyzdyje su skaičiais neaišku, kur yra dėžė, o kur jos turinys, priklausymo metafora daugiau nebegali užtikrinti loginio mąstymo įtikinamumo. Kai tik pradedame uždavinėti sudėtingus matematinius klausimus, pavyzdžiui, ar kiekvienas lyginis skaičius yra dviejų skirtingų pirminių skaičių suma (kaip 16 yra 13 ir 3 suma), mes patenkame į sritį, kurioje nėra jokios sprendimo mechaninės ar apodiktinės procedūros ir klausimai yra tokie pat sunkūs, neaiškūs ir neprieinami kaip ir sudėtingiausi klausimai apie empirinius dalykus, atskiriant juos nuo konceptualaus ir definicijų pasaulio. Iš tikrųjų pasirodė neįmanoma matematikos susiaurinti iki lo-

gikos[2]. Bet šias problemas galime palikti nuošalyje ir pasilikti vien paprasčiausias loginio mąstymo formas, nes tik jas (su retomis išimtimis) naudoja teisininkai.

Silogistinė argumentacija yra tokia įtikinanti ir pažįstama, kad teisininkai ir teisėjai, visuomet norėdami savo veiklą parodyti kaip objektyvią, deda daug pastangų, kad jų teisinė argumentacija būtų kuo labiau silogistinė[3]. Pernelyg dažnas silogizmų naudojimas yra teisinio formalizmo rūšies, kurią kritikavo Holmesas, pagrindinis bruožas. Tačiau šiandien kritiškai naudojamas „formalizmas" labiau remiasi ne silogizmų pertekliumi, o perdėtu tikėjimu statutinės ir konstitucinės kalbos skaidrumu ir iš to kylančia visiškai teisingų atsakymų į sudėtingus interpretacinius klausimus galimybe. Nekritiškai naudojamas formalizmas gali remtis stipriu ir galbūt pagrįstai stipriu tikėjimu rasti teisingus teisinių klausimų atsakymus įprastiniais teisinės analizės metodais: dažniausiai atidžiai skaitant tekstus ir ieškant juose taisyklių, o vėliau dedukcijos būdu pereinant nuo taisyklės prie konkrečios bylos sprendimo[4]. Arba formalizmas gali paprasčiausiai pasiremti logika, kad paaiškintų seką nuo prielaidos iki išvados.

Šio nepastovaus termino naudingiausia prasmė kyla iš formos ir turinio kontrasto. Forma siejasi su tuo, kas būdinga pačiai teisei, o turinys – su tuo, kas būdinga išoriniam pasauliui, kaip ir formalaus ir esminio teisingumo priešpriešoje. Teisės autonomiją ir objektyvumą užtikrina teisinės analizės perkėlimas į formalų lygį, kuris

[2] Žr., pvz., Alvin I. Goldman, *Epistomology and Cognition*, p. 34–35, 1986; Gregory J. Chaitin, *„Randomness in Arithmetic"*, *Scientific American*, July 1988, p. 80; Ernest Nagel ir James R. Newman, *Gödel's Proof*, 1958.

[3] Apie silogizmų naudojimą teisinei argumentacijai žr., pvz., Steven J. Burton, *An Introdusction to Law and Legal Reasoning*, 1985, 3 sk.; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, p. 19–52; Vincent A. Wellman, *„Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory"*, 57 *University of Colorado Law Review* 45, 1985, p. 64–80; taip pat A.Guest, *„Logic in the Law"*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, p. 176 (A. G. Guest ed. 1961). Apie loginį argumentavimą apskritai labai naudingas yra Carl Wellman, *Challenge and Response: Justification in Ethics*, 1971, 1 sk.; apie šio skyriaus dalyką apskritai žr. Gidon Gottlieb, *The Logic of Choise: An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, 1968, 1 ir 2 sk.

3 terminologiniai pastebėjimai. Pirma, „logika" aš laikau dedukcinę ir matematinę logiką, o ne sisteminį mąstymą apskritai arba specializuotą logiką kaip, pvz., indukcinę logiką. Aš nagrinėju indukciją, tačiau ne Logikos skyriuje. Antra, į terminą „silogizmas" aš įtraukiu entimemą – silogizmą su akivaizdžia prielaida. Praktiškai teisinis argumentavimas yra daugiau entimemus nei silogistinis tikrąja to žodžio prasme. Trečia, silogizmas gali turėti daugiau kaip dvi prielaidas, ir tai yra daugelio teisinių silogistinių argumentacijų bruožas.

[4] Žr. Frederick Schauer. „Formalism", 97 *Yale Law Journal*, 1988, p. 509; Neil MacCormick ir Ota Weinberger. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, 1986, p. 115–144; James G.Wilson. „The Morality of Formalism", 33 *UCLA Law Review*, 1985, p. 431; Robert Samuel Summers. *Instrumentalism and American Legal Theory*, 1982, p. 137–159. Šaueris gina tai, ką jis pats vadina „prezumpciniu formalizmu" (taip pat žr. Schauer. „Is the Common Law Law?" 77 *California Law Review*, 1989, p. 455, 470) – normų laikymosi pirmenybę, išskyrus jei tos normos sukuria aiškiai absurdiškus ar įžeidžiančius rezultatus. Prezumpcijos priežastis nėra išsamiai paaiškinama, bet reiktų daryti prielaidą, kad priežastis yra tikrumo ir nuspėjamumo vertė. Tai skatina apsvarstyti alternatyvų požiūrį: nustatyti normų rūšis, kuriose tikrumas ypač svarbus, ir prezumpciją taikyti tik joms. Atskiras Šauerio nenagrinėjamas klausimas yra ir prezumpcinio, ir absoliutaus formalizmo įvykdomumas. Tai vienas iš šio skyriaus klausimų. Pavyzdinę teisinio formalizmo kritiką žr. Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, 1964, p. 33–36.

reikalauja nagrinėti tik teisinių idėjų santykį. Autonomija ir objektyvumas yra pavojuje, kai teisinė išvada priklauso nuo faktinio pasaulio, t. y. nuo ginčo faktų arba socialinių ar etinių faktų, kurie susiję su teisės normos atsiradimu ar interpretavimu. Kadangi loginis argumentavimas yra koncepcijų santykių tyrinėjimas, formalizmo formos-turinio prasmės ir loginės-matematinės prasmės santykis turi būti aiškus.

Formalizmas egzistuoja ir prigimtinėje, ir pozityviojoje teisėje. Formalizmui tereikia visiško tikėjimo turimomis prielaidomis ir išvadų darymo metodų teisingumu. Prigimtinės teisės formalistas tiki teisingumo principais ir logikos galia rasti sprendimą konkrečioje byloje pagal turimas prielaidas. Pozityviosios teisės formalistas tiki, kad teisę sudaro įstatymai ir kiti oficialūs paliepimai, kurių atidus skaitymas visais atvejais duos akivaizdžiai teisingą rezultatą. Abu požiūriai išgelbsti teisininką ar teisėją nuo susidūrimo su empirine realybe. Tačiau taip pat yra prigimtinės teisės realistų ir pozityviosios teisės realistų. Visgi dauguma prigimtinės teisės teisininkų yra formalistai. Pozityviosios teisės formalistų taip pat yra daug, tačiau realistų daugiau. Galima drąsiai lažintis, kad dauguma teisininkų profesionalų yra formalistai.

Formalizmas turi teisinio stabilumo tendenciją. Ši tendencija yra raktas į platų ir ilgalaikį formalizmo taikymą. Labai rimtas pagrindas naujos bylos sprendimo dedukcijai yra neseniai priimtas sprendimas byloje, kurioje buvo iš esmės tie patys faktai, kad taisyklė, išreikšta arba numanoma toje byloje, tinka naujai bylai kaip pirštinė (kita patogi metafora). Todėl asmenys, kurie gina teisinį *status quo* – ar pastarasis būtų liberalus, ar konservatoriškas – stengiasi užimti formalistinę poziciją. Paradoksalu, tačiau taip daro ir *status quo* kritikai[5]. Prisiimdami įrodinėjimo naštą, jie stengiasi parodyti, kad užimti „revizionistinę" poziciją juos verčia logika, kad ta pozicija yra autentiška ir originali, kad *status quo* šalininkai ne tik klysta, bet ir akivaizdžiai, nepaneigiamai bei iš naujo klysta. Pavyzdžiui, kad precedentai, kuriais tie šalininkai remiasi, yra neteisingos išvados iš aukštesnę galią turinčių prielaidų, pavyzdžiui, Konstitucijos teksto. Formalizmo retorinė galia pokalbį apie teisę formalizuoja labiau nei teismo procesas.

Aš pabrėžiau silogizmą (įskaitant entimemą), tačiau savaime suprantama, kad teisininkai naudoja ir kitas elementarias logikos taisykles: principą, kad prielaida negali būti vienu metu ir teisinga, ir klaidinga, arba kad du daiktai, kurie tapatūs trečiajam, yra tapatūs ir tarpusavyje. Teisininkai taip pat vartoja logikos kalbą ten, kur, tiesą sakant, jos nereikia. Dauguma teisėjų (ir aš) nedvejodami pasakytų, kad numatyti greičio apribojimo išimtį BMW automobiliams (šalia policijos ir greitosios pagalbos automobilių) būtų nelogiška. Tačiau „nelogiška" čia pavartota kaip termino „aiškiai klaidin-

[5] Svarbią išimtį sudaro tie teisės realistai, kurie kritikavo pačią idėją, kad egzistuoja teisės normos, kurie teigė, kad kiekviena nauja byla sukuria naują teisę. Šių realistų palikimas yra Federalinės civilinio proceso taisyklės, kurios nereikalauja, kad ieškovas gintų savo bylą pagal iš anksto suformuluotus teisės standartus. Žr., pavyzdžiui, Judith Resnik, „Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline", 53 *University of Chicago Law Review* 494, 1986, p. 502–503; „Plausible Pleadings: Developing Standards for Rule 11 Sanctions", Harward Law Review 630, 1987, p. 644–647.

ga" sinonimas. Šis nepavojingas posakis klaidingai išaiškina logikos ribas. Logika su šiuo klausimu niekuo nesusijusi. Čia yra teisinio teksto interpretavimo klausimas, ir kaip matysime toliau, interpretavimas nėra logikos metodas, nors kartais ir duoda pagrįstai neabejotinus atsakymus. Atsižvelgiant į teisės akto tikslą nėra jokios priežasties daryti išimtį BMW. Tačiau išimties atmetimas tampa logiška išvada tik po to, kai taisyklė iš teisės akto ištraukiama logikai nepriklausančiame procese.

Lygiai taip pat gali suklaidinti teiginys, jog logika padeda suvokti idėją, kad vienodi dalykai turi būti vertinami vienodai – idėją, kuri itin stipriai įsitvirtinusi teisėje (lygus teisingumas, lygybė prieš įstatymą, vienoda įstatymo apsauga, tie patys įstatymai turtingiems ir vargšams ir t. t.). Nors ši idėja yra tąsa logiškos išvados, kad daiktas yra tapatus sau ir kad, jei du daiktai tapatūs trečiajam, jie tapatūs ir tarpusavyje, tokiai idėjai trūksta turinio, kol nenurodomi „tapatumo" kriterijai, o teisėje šie kriterijai yra politiniai[6]. Lygaus teisingumo principas atskiria nuo tų ginčo šalių skirtumų, kurie galėtų būti tinkamai įvertinti skiriant teisines lengvatas ar prievoles, pavyzdžiui, sugebėjimų ar pastangų skirtumus nuo tų skirtumų, kurie dažnai ar visuomet negali būti įvertinti, pavyzdžiui, religijos, rasės, socialinės padėties, pajamų arba ryšių su teisėju. Principas nieko įdomaus nepasako apie prieštaravimo išvengimą, išskyrus tai, kad draudžia savavališką ir „neracionalią" klasifikaciją (kaip minėta išimtis su BMW), kurią atskiria nuo ydingos, asmeniškos ar politiškai netoleruotinos, bet galbūt visiškai pagrįstos, bent jau autorių nuomone, klasifikacijos. Tačiau nepagrįstos klasifikacijos pasitaiko labai retai.

Taisyklės, standartai ir diskrecija

Nepaisant ankstesnio skyriaus kritiško tono, daugelis teisinių klausimų yra išsprendžiami silogistiškai. Teisės norma yra didelės silogizmo prielaidos formos. Pavyzdžiui, joks kontraktas nėra vykdytinas jo neapsvarsčius; ginčijamas kontraktas nesvarstomas, todėl kontraktas nėra vykdytinas. Naudodami procesą, kuris nėra savaime silogistinis ar kitaip dedukcinis, teisėjai ištraukia taisykles iš įstatymų ar ankstesnių sprendimų ir vėliau panaudoja juos kaip prielaidas bylai silogistiškai spręsti. Ar atlyginimas yra pajamos? Ar vedybos su seserimi galioja? Ar atleidžiama nuo atsakomybės už nužudymą, jei auka duoda išankstinį sutikimą? Ar važiavimas 60 mylių per valandą greičiu yra nusižengimas 40 mylių per valandą greičio ruože? Ar Ilinojus turi teisę turėti tris JAV senatorius? Į daugelį šių ir kitų teisinių klausimų atsakoma dedukciniu metodu taikant aiškias ir neabejotinas taisykles nustatytiems ar pripažintiems faktams. Šie klausimai neiškyla teisiniuose ginčuose ir praktiškai yra žemiau profesinio horizonto todėl, kad jie yra pernelyg paprasti, kad būtų ginčo objektas arba reikalautų teisinės konsultacijos. Todėl vykdant teisingumą labai lengva juos už-

[6] Žr. Peter Westen, „The Empty Idea of Equality", 95 Harvard Law Review 537, 1982; Westen, „The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply", 81 Michigan Law Review 604, 1983.

miršti ir manyti, jog visi teisiniai klausimai yra neapibrėžti. (Čia trūksta vienos sąsajos: apibrėžti atsakymai nebūtinai turi būti logiškai išvedami. Šią temą nagrinėsime tolesniuose skyriuose.) Teisiniai klausimai yra ne tik apibrėžti apytiksle loginio apibrėžtumo prasme, bet jų daugiausia ir yra paprasto žmogaus galvoje. Daugelis žmonių iš teisės nori tik vieno dalyko – kad ši pasakytų jiems, pagal kokias taisykles jie turi gyventi. Todėl jie daug dažniau nei teisininkai yra linkę laikyti teisę apibrėžta ir varžančia. Didelę teisės mokymo dalį, ypač elitinėse mokyklose, užima teisės neapibrėžtumo studijos, kurios sukuria nuo vidutinio žmogaus ir teisininko pažiūrų nutolusį vertinimą. Kita priežastis, kodėl neprofesionalams dažniau atrodo, kad teisė yra apibrėžta, yra ta, kad teisininkai dažnai nesąžiningai pasako, kad teisė yra apibrėžta (turiu omenyje visus neprofesionalus, ne tik klientus).

Reikia atskirti silogizmo pagrįstumą ir teisingumą, t.y. jo sugebėjimą duoti teisingą atsakymą. Teisingumas priklauso ne tik nuo konkretaus silogizmo pagrįstumo, bet ir nuo prielaidų teisingumo[7]. Silogizme apie Sokratą ši problema neiškyla, nes niekas neabejoja, kad visi žmonės mirtingi arba kad Sokratas buvo žmogus (kodėl niekas neabejoja pirmos prielaidos tikslumu, nėra visai aišku). Tačiau teisėje dažnai ginčijamasi dėl labai svarbių ar mažiau svarbių prielaidų. Pirmiausia neretai būna sunku surasti prielaidą, t.y. nustatyti faktus. Be to, faktų nustatymas nėra logikos procesas. Kaip sunku surasti prielaidą, priklauso nuo normos bendrumo lygio. Palyginkite du pagrindinius atsakomybės režimus už avarijos sukeltus sužalojimus: visišką atsakomybę ir atsakomybę už neatsargumą. Pirmuoju atveju kaltininkas atsako, jei jis sukėlė avariją. Paprastai tą nustatyti nėra sudėtinga. Už neatsargumą kaltininkas atsako tik tuomet, jei rūpestingiau elgdamasis būtų galėjęs išvengti avarijos. Nors reikalaujamas rūpestingumas yra pakankamai aiškiai apibrėžtas, pavyzdžiui, kaip atsargumo priemonių, kurios kainuoja mažiau nei galimų avarijų padariniai, ėmimasis, šią atsakomybės sąlygą nustatyti gali būti sudėtinga.

Tokia norma, kuri nedidelei prielaidai sukurti reikalauja santykinai plataus faktinių aplinkybių nustatymo, kaip, pavyzdžiui, nerūpestingumas, dažnai yra vadinama „standartine", siekiant atskirti ją nuo paprastesnės normų rūšies, kurioje nedidelę prielaidą sudaro tik vienas faktas. Tačiau tai nereiškia, kad paprastesnę taisyklę visuomet paprasčiau ir taikyti. Vienintelį faktą gali būti sunku nustatyti arba tai iš tikrųjų gali būti ne faktas (atlyginimas anksčiau pateiktoje „lengvoje" byloje). Arba norma gali būti neaiški. Laikinai palieku šias komplikacijas ir normų ir standartų[8] santykius tam,

[7] Kaip svarbu atskirti pagrįstumą ir teisėtumą, įrodo faktas, kad silogizmas gali turėti teisingą išvadą, net kai abi prielaidos neteisingos: „Visi spartiečiai yra išmintingi; Sokratas yra spartietis; todėl Sokratas yra išmintingas". Šis pagrįstas, tačiau neteisingas silogizmas parodo silogizmo, kaip tiesos, nustatymo būdo ribas.

[8] Žr. Isaac Ehrlich, Richard A. Posner, „An Economic Analysis of Legal Rulemaking". 3 *Journal of Legal Studies* 257, 1974; Anthony I. Ogus, „Quantitative Rules and Judicial Decision Making" in *The Economic Approach to Law* 210 (Paul Burrows and Cento G. Veljanovski eds. 1981); Colin S. Diver, „The Optimal Precision of Administrative Rules", 93 *Yale Law Journal* 65, 1983; Pierre Schlag, „Rules and Standards", 33 *UCLA Law Review* 379, 1985; cf. Duncan Kennedy, „Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* 1685, 1976.

kad susikoncentruočiau į vieną dalyką. Norma atmeta galimai tinkamas diskusijai aplinkybes (ar kaltininkas galėjo išvengti avarijos priimtinomis sąnaudomis?), o standartas suteikia faktų vertintojui – teisėjui ar prisiekusiajam – daugiau diskrecijos, nes lieka galimybė surasti daugiau faktų, juos įvertinti ir palyginti. Norma sukelia nesutarimą su socialine politika, kuria ji yra grindžiama, ir kuri gali būti įgyvendinta tik iš dalies, jei norma taikoma neatsižvelgiant į specifines ginčo aplinkybes. Standartas išsprendžia šią esminio, o ne vien formalaus teisingumo pasiekimo problemą, tačiau, suteikdamas daug diskrecijos pareigūnams, atveria kelią piktnaudžiavimams (todėl sprendimas gali būti apgaulingas). Kuo lankstesni kriterijai, tuo stebėtojui sunkiau nustatyti, kada pareigūnai juos pritaikė išmintingai ir nešališkai. Norma mėgina išstumti *ad hoc* išimtį, o standartai gali būti kaip būtent tokių išimčių institucionalizavimas. Standartų režimu principai ir politika, kurie, būdami normų režimu, apibrėžtų normų turinį, naudojami konkrečios bylos baigčiai apibrėžti.

Net jeigu pareigūnai nepiktnaudžiauja standartų režimo jiems suteikta plačia diskrecija, standartų trūkumas yra tas, kad sunkiau numatyti teisinio ginčo rezultatą – yra daugiau kintamųjų, kurie palieka didesnę erdvę ginčams ir pasunkina bylos eigos planavimą. Normų pakeitimas standartais didina netikrumą, kuris yra išlaidų ir nenaudingumo šaltinis. Akivaizdus, praktiškai charakteringas, teisinio realizmo, kritinio teisės mokslo ir moteriškos teisės praktikos bruožas yra normų naudos netikrumui mažinti nuvertinimas. Jų šūkiu galėtų būti Williamo Blake'o posakis „Apibendrinti reiškia būti idiotu. Leistis į detales yra vienintelis dėmesio vertas dalykas"[9]. Bet iš tikrųjų niekas tuo netiki. Juk niekas negalvoja, pavyzdžiui, kad taisyklė, jog mokyklinis autobusas turi sustoti prieš geležinkelio pervažą, jo vairuotojas privalo apsidairyti ir įsiklausyti, net jei apsaugos barjeras pakeltas, nusileidžia standartui, reikalaujančiam iš vairuotojo tiesiog atsargumo atitinkamomis aplinkybėmis. Taisyklė saugo nuo vairuotojo neapsižiūrėjimo ir jos nauda gali būti gerokai didesnė nei kiekvieną kartą sustojus sugaišta akimirka.

Pagrindinė mintis, kurią pailiustravau šiuo pavyzdžiu, yra ta, kad taisyklės taupo informaciją. Faktas, kad standartų taikymas reikalauja turėti daugiau informacijos nei taisyklių taikymas, reiškia, kad teismuose standartų santykis su taisyklėmis bus tuo didesnis, kuo mažesnės bus teismų išlaidos informacijai surinkti. Galbūt per ilgesnį laikotarpį apskritai išaugo teismų sugebėjimas valdyti informaciją. Jei tai tiesa, ji paaiškina istorinį pusiausvyros tarp taisyklių ir standartų pasikeitimą pastarųjų naudai[10].

[9] „Annotations to Sir Joshua Reynold's Discourses", in *The Complete Writings of William Blake* 445, Geoffrey Keynes ed., 1958, p. 451.

[10] Žr. mano knygą *The Economics of Justice*, 1981, 6 ir 7 skyriai. Tai nėra pastovi tendencija. Anglijos teisėje devynioliktajame amžiuje buvo pereinama nuo standartų prie taisyklių, žr. Ogus, op. cit., p. 216–217. Šiandien griežta atsakomybė deliktų teisėje yra daug dažniau naudojama nei prieš trisdešimt metų (nors ir dėl priežasčių, kurios nesusijusios su noru supaprastinti ir padaryti teisę tikresnę). Neseniai paskelbtos Federalinės nuosprendžių gairės sumažina tradicinę teisėjų diskreciją sprendžiant, kokio dydžio bausmę reikia skirti nuteistajam pagal galiojančius įstatymus. Iš tikrųjų stiprėja įspūdis, kad teisės sistema nuėjo pernelyg toli, pakeisdama taisykles standartais, ir turėtų būti pertvarkoma.

Kadangi silogistinis mąstymas vaidina mažesnį vaidmenį, kai ginčui išspręsti taikomi standartai, o ne taisyklės, gali būti, kad atradome raktą plačiai pripažintam teisinio formalizmo smukimui (kai kur sveikinamo, kai kur apverkiamo).

Didesnis pavojus idėjai, kad teisė gali tapti apibrėžta silogistinės logikos pagalba, kyla, kai savo dėmesį perkeliame nuo nežymios prielaidos – faktų – prie reikšmingos prielaidos – pačios taisyklės. Pavojaus šaltinis, kaip gali pasirodyti, nėra tai, kad taisyklės gali turėti išimčių. Tai savaime nėra problema, jei tos pačios išimtys yra taisyklės, kaip dažniausiai ir būna. Ilinojuje ieškinį dėl rašytinės sutarties galima paduoti per dešimt metų. Yra tik viena išimtis: jei atsakovas suklaidino ieškovą taip, kad šis manė turįs daugiau kaip dešimt metų ieškiniui pateikti. Pagrindinė taisyklė mums perša išvadą, kad ieškovui pradelsus ilgiau kaip dešimt metų, atsakovas galės savo gynybą visų pirma paremti termino praleidimu. Tuomet teks išsiaiškinti, ar ieškovas atrems atsakovo argumentus, įrodydamas, kad turi būti taikoma viena iš išimčių. Kadangi kiekviena išimtis pati yra taisyklė, ir tokia taisyklė, kuri paneigia pagrindinę taisyklę, ieškovui pakanka įrodyti nežymią išimties prielaidą (pavyzdžiui, kad atsakovas jį suklaidino), kad ieškinys būtų pripažintas pareikštu laiku.

Taisyklių taikymo problemos slypi kitur. Nors jos yra žinomos, tačiau reikalauja dėmesio. Viena iš jų yra taisyklės taikymo srities neapibrėžtumas. Dėl to teisėjai turės kiekvieną kartą nuspręsti, ar taisyklė taikytina nenumatytoms ar neaptartoms taisyklės sukūrimo metu situacijoms. Taisyklės tęstiniuose procesuose sukuria dichotomiškas ribas. Taisyklė, numatanti griežtesnę atsakomybę už įsilaužimą nakties metu nei už įsilaužimą dieną, yra visiškai suprantama semantiniu požiūriu. Tačiau taisyklė, nepaisydama dienos ir nakties realaus santykio (neapčiuopiamo perėjimo), neatspindi tikrovės ir todėl sukelia dviprasmybių ją taikant. Apskritai galima pasakyti, kad teisės normos dažnai nurodo žodžius, kurie nėra tiksliai apibrėžiami (kaip „diena" ar „naktis"). 1-oji pataisa draudžia Kongresui sukurti „religiją" arba kištis į jos išpažinimo reikalus. Religinės organizacijos yra atleistos nuo mokesčių valstybei už nuosavybę, o joms paaukotos lėšos yra neapmokestinamos. Tačiau kas yra religija? Šis žodis nereiškia jokio baigtinio ir apibrėžto praktikos, objektų ir subjektų skaičiaus. Kai nėra teisinio apibrėžimo, teisėjai turi nuspręsti, ką žodis reiškia teisinėje kalboje, o ne ką jis reiškia apskritai.

Sprendimai, kuriuos teisėjams tenka priimti pritaikant taisykles prie faktų, gali būti apibūdinami kaip aiškinimas arba kaip *ad hoc* išimčių ir pataisų darymas, iš esmės – nuolatinis taisyklių perdarymas. Praktiškai tai yra tas pats, tačiau teisėjai pirmenybę atiduoda pirmajai formuluotei, t.y. aiškinimui, nes jos suteikiamas vaidmuo turi mažiau kūrybinės erdvės ir todėl atrodo mažiau uzurpuojantis.

Kuo senesnė taisyklė ir kuo aktyvesnė jos reguliuojama veikla (kuo labiau ji keičiasi bėgant laikui), tuo didesnis spaudimas teisėjams daryti *ad hoc* išimtį ar pratęsimą. Taigi kuo aktyvesnė veikla, tuo sunkiau ją valdyti taisyklėmis apskritai. Analogiškas yra tarptautinės prekybos teorijoje numatytas pasirinkimas tarp fiksuoto ir svyruojančio kurso. Daug ekonomistų tikina, kad fiksuotas kursas daugiau paslepia nei sulaiko ekonominius pokyčius, taip staigius pokyčius pakeisdamas tolygiais perėjimais.

Analogiškos pasekmės gali atsirasti ir tuomet, kai įvairiai ir kintančiai veiklai reguliuoti vietoj standartų pasirenkamos taisyklės.

Kita problema yra ta, kad tai pačiai veiklai gali būti taikomos nenuoseklios taisyklės. Tokiu atveju vėl sustipręja logikos pozicijos. Vadovaujantis logika, nenuoseklios taisyklės negali būti taikomos tai pačiai veiklai. Teisėjas yra įpareigotas pašalinti nenuoseklumą. Bet logika jam nenurodo, kurią taisyklę pašalinti.

Daugelį taisyklių yra sukūrę teisėjai, todėl jie gali jas ir panaikinti. *Common law* yra didžiulis teisėjų sukurtų taisyklių rinkinys, o statutinėje ir konstitucinėje teisėje taip pat yra daug teisėjų sukurtų taisyklių, susijusių su ginčytinomis abejotinų įstatymų interpretacijomis. Ginčams kelią užkertančios taisyklės išimtį apribojimų statute sukūrė teisėjai, todėl jie ir galėtų ją panaikinti, jei nuspręstų, kad tokia išimtis nebereikalinga ilgo apribojimų statuto atveju arba kad ji sukelia per daug neaiškumų ir ginčų. Kai arba taisyklė, arba jos išimtis yra abejotinos, grynai loginė taisyklės ir išimties struktūra nepadės išspręsti visų atvejų, net jei taisyklė visiškai aiški ir dera su kitomis susijusiomis taisyklėmis. Kaip Wittgensteinas autoritetingai paaiškino *Philosophical Investigations* I dalyje, taisyklės laikymasis nėra logikos diktatas; taisyklė pati nepasako, kada privalu jos laikytis.

Taigi mes susiduriame su paradoksu, kad teisinis klausimas vienu metu gali būti ir apibrėžtas, ir ne: apibrėžtas dėl to, kad yra aiški taisyklė, o neapibrėžtas dėl to, kad teisėjas nėra įpareigotas tos taisyklės laikytis. Taisyklė tampa lyg prigimtine teise. Ir tai patvirtina Holmeso požiūrį, kad teisė iš tikrųjų tėra numatymas to, ką teisėjai turėtų daryti esant numatytam faktų rinkiniui, kadangi taisyklės neįpareigoja teisėjų apskritai ką nors daryti.

Galiausiai sprendimas, priimtas vadovaujantis taisykle, nėra būtinai objektyvesnis už sprendimą, priimtą vadovaujantis standartu. Sunorminti ir *ad hoc* sprendimai teisėje nėra priešinguose poliuose, kaip atrodo iš terminų. Panagrinėkime tokius 1-osios pataisos iššūkių įžeidžiančiam menui taikymo režimus: taisyklė dėl tokio meno visiško imuniteto cenzūrai ar kitokiam reguliavimui; taisyklė, kad toks menas visiškai nesaugomas; standartas, reikalaujantis, kad teisėjai pasvertų pagal savo asmenines vertybes įžeidžiamo pobūdžio laipsnį ir meninę kūrinio vertę, ir leidžiantis skirti cenzūrą, kai pusiausvyra pakrypsta aiškiai prieš menininką. Kiekvienas iš šių pasirinkimų yra tiek pat paremtas 1-osios pataisos tekstu ir istorija bei institucinės kompetencijos svarstymais kaip ir bet kuris kitas pasirinkimas. Jei pasirinksime vieną iš dviejų taisyklių (kurios yra priešingos viena kitai), sprendimai atrodys labai objektyvūs, nes išvedami logiškai. Tačiau įspūdis pablogės, kai atkreipsime dėmesį į prielaidos abejotinumą, ir tuomet matysis, kad galų gale sprendimai nėra labiau objektyvūs už priimamus pagal lankstesnį *ad hoc* vertinimą. Taisyklės užmaskuoja, bet neeliminuoja ir netgi negali sumažinti subjektyvumo ir politikos vaidmens formuojant teises ir pareigas.

Kai pradedame realistiškiau vertinti taisykles, jų privalumai prieš standartus ima blėsti. Pagrindiniai privalumai yra pareigūnų diskrecijos apribojimas (pareigūnų, kurie taiko taisykles, bet ne jas kuria) ir neaiškumo dėl teisių bei pareigų sumažinimas. Tačiau šie privalumai priklauso nuo to, ar taisyklių yra pakankamai nedaug, ar jos

yra paprastos, santykinai nekintančios ir aiškios tiek skaitant, tiek taikant, o šių idealų teisės sistemai retai pavyksta pasiekti. Net jei taisyklės yra aiškios, jų gali būti tiek daug, kad žmonės nebegali jų žinoti. Tuomet taisyklių aiškumas yra apgaulingas. Standartai, kurie atspindi mėgėjišką nuojautą apie teisingą elgesį ir dėl to yra lengvai įsimenami, gali sukurti daugiau teisinio tikrumo nei tikslių, bet techninių, nenuspėjamų taisyklių sistema toje pačioje srityje. Visi žino, kad legalistinės taisyklės yra pinklės prastai informuotajam. Ir daugelis teisėjų jaučia tai.

Mokyklinio autobuso pavyzdys rodo, kad visgi būtų klaida visiškai atsisakyti taisyklių arba tikėtis ar norėti, kad teisėjai jas panaikintų kiekvienu atveju. Realistiškai vertinant taisykles, reikia pripažinti, kad teisėjai vertina stabilumą ir todėl dažnai atsisako iš naujo nagrinėti taisykles ir daryti *ad hoc* išimtis, net jei fundamentalus teisingumas to labai reikalauja. Bet teisėjų argumentai dėl bendro taisyklių laikymosi mažai ar išvis nesusiję su logika ir dažnai yra apskritai ne „argumentai". Nesileidžiant į įrodinėjimus, kad teisėjo sprendimams įtaką daro jo sugebėjimas suvokti arba kad taisyklių griežtai besilaikantys teisėjai yra „autoritarinės asmenybės", kurioms būtų naudinga psichoanalitiko konsultacija[11], siūlau pripažinti, kad temperamento skirtumai dažnai lemia skirtumus teisėjų polinkyje lanksčiai aiškinti taisykles, laisvai pripažinti išimtis, noriai transformuoti taisykles į standartus, nesivaržant perduoti sprendimo galią prisiekusiesiems arba žemesniesiems teismams[12]. Vieni teisėjai labiau nei kiti toleruoja pedantiškumo, netgi tvarkos trūkumus. Jie vertina teisę labiau kaip ieškojimus ir dialogą nei kaip valdymą ir hierarchiją. Tokie teisėjai gali būti labai atidūs kiekvienos bylos ypatumams, kas yra gerai, bet nepakankamai atidūs teisinio netikrumo kaštams (paprastai paslėptiems). Kitiems teisėjams sunku prisiimti atsakomybę už sprendimus. Jie linkę galvoti, kad jie tik vykdo kitų asmenų (teisės kūrėjų, valstybės kūrėjų, ankstesnių ar aukštesnių teisėjų) įsakymus. Tokios gerbimo pozicijos[13] pavojai yra gerai žinomi, tačiau prometėjiškas teisėjas taip pat nenusipelno medalio. Šie teisinio požiūrio ir elgesio skirtumai atspindi skirtingus sprendimus ir gyvenimo patirtį, tačiau taip pat ir temperamentą, nes jie slypi giliai teisėjo psichikoje ir yra neveikiami patirties.

[11] Žr. Jerome Frank, *Law and Modern Mind* (1930). Šios nuomonės pirmoji dalis apie autoritarinę asmenybę yra įtikinamesnė nei antroji – tokios asmenybės turėtų pasirodyti psichoanalitikui.

[12] Kai kuriuos įrodymus žr. Philip E. Tetlock, Jane Bernzweig, Jack L. Gallant, „Supreme Court Decision making: Cognitive Style as Predictor of Ideological Consistency of Voting", 48 *Journal of Personality and Social Psychology* 1227, 1985; žr. taip pat šios knygos 4 ir 5 skyrius. Galbūt prisiekusiųjų pavyzdys yra dviprasmiškas. Formalistai gali norėti deleguoti diskrečią sprendimo galią prisiekusiesiems, kad patys jos išvengtų. Diskrecija yra leistina neteisėtumo teisėje zona, kurios egzistavimas leidžia teisėjui išspręsti visus klausimus, esančius jo sprendimų galios (ribotoje) sferoje. Įsivaizduokite, kaip šiuo klausimu blaškytųsi konservatyvus formalistas, nepasitikintis prisiekusiaisiais, tačiau norintis nusimesti diskrecijos naštą.

[13] Žr. Stanley Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, 1974; jis mano, kad labai paklusnūs žmonės, pateikdami save kaip kitų žmonių įrankį, yra linkę nustumti nuo savęs atsakomybę net už labiausiai neįtikėtinas veikas. Vieną iš jų turėjo omenyje Churchillis, vokiečių kareivius Antrajame pasauliniame kare apibūdinęs taip: „tikros avys".

Pažvelkime kiek atidžiau į teisės normų pobūdį, prieš sugrįždami prie logikos ir formalizmo. Teisės taisyklių ginčytinumas yra kontrastas kitoms dviem taisyklių rūšims: žaidimų taisyklėms ir kalbos taisyklėms. Nors žaidimų taisyklės kartais keičiasi, neįmanoma įsivaizduoti (rimtame žaidime), kad jos keistųsi paties žaidimo metu. Niekam dar neteko girdėti teniso žaidėjo sakant teisėjui: „Iš tikrųjų mano smūgiuotas kamuoliukas nusileido už linijos, tačiau gerai pagalvojus, galima drąsiai teigti, kad linijos yra per mažos ir turėtų būti pratęstos, todėl mano kamuoliukas neturėtų būti laikomas nukritusiu už ribų". Savaime suprantama, kad žaidime yra palikta tam tikra nereglamentuota sritis žaidėjų strategijai ir taktikai. Taisyklės nenustato žaidimo rezultato, tačiau jos reglamentuoja žaidėjų veiksmus ir taip sukuria patį žaidimą. Šios taisyklės yra fiksuotos, apibrėžtos ir bent jau žaidimo metu nekintančios[14].

Teisės normos yra ir leidžiančiosios, ir represinės. Lygiai kaip šachmatų taisyklės leidžia žaisti subtilų ir intriguojantį žaidimą, o ne vien nustato varginančius ir varžančius apribojimus žaidėjams, taip ir, pavyzdžiui, nuosavybės teisės normos palengvina investicijas ir sandorius, sutarčių teisės normos leidžia užfiksuoti pirkimo ir pardavimo įsipareigojimus, kurie bus įgyvendinti ateityje, o ne iš karto, o baudžiamosios teisės normos sudaro galimybę užsiimti verslu nesinešiojant ginklo ir nevaikštant su asmens sargybiniais. Tačiau šios normos neapibrėžia tos veiklos, kurią leidžia ar palengvina taip visapusiškai, kad ji prarastų tikslą, jei jos metu normos pasikeistų. Šachmatininkas, kuris vidury partijos pareiškia, kad jis neleisiąs priešininko valdovei nukirsti jo bokšto, nes valdovėms šachmatuose suteikta per daug galios, tad geriau nuversiąs visas figūras nuo lentos. Ir nėra jokio skirtumo, ar teisėjas su juo sutiks iš karto, ar žaidėjas palauks partijos pabaigos ir tuomet pareikalaus, kad partija būtų peržaista pagal teisingesnes taisykles. Tačiau teisėje tokio pobūdžio reikalavimai yra galimi.

Todėl, kaip beatrodytų paradoksalu, pareiga laikytis taisyklių žaidimuose yra griežtesnė nei teisėje, nes teisėje į taisykles gali būti kėsinamasi. Žinoma, ne į visas ir netgi ne į daugelį. Tačiau teisėjai turi ribotą teisę „nepaisyti" normų, keisti jas proceso metu[15]. Paradoksą galėtume pašalinti teigdami, kad kiekvieną kartą teisėjas laužo taisyklę tik tam, kad paklustų aukštesnei normai, arba, kad jei teisėjams leidžia-

[14] Normatyvines taisykles galime palyginti su „nykščio" taisykle, kuri pakreipia, tačiau nevaržo žaidimo. Tokia taisyklė yra patiekalo recepto atitikmuo. Apie taisyklių tipologiją žr. David K. Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, 1969, p. 100–107.

Principo nekeisti taisyklių *in medias res* atitikmenys teisėje yra *stare decisis* (laikytis to, kas nuspręsta, t.y. precedento) ir *law of the case* (paprastai teismai nekeičia taikomų teisės normų teisminio ginčo nagrinėjimo metu). Kiek tolesnė analogija yra su *res judicata*, kuris neleidžia vėl pradėti to paties ginčo tarp tų pačių šalių. *Stare decisis* nėra visiškai nelanksti taisyklė. *Law of the case* taip pat yra lanksti, bet griežtesnė nei *stare decisis*. Be to, *law of the case* doktrina reiškia ne tai, kad teismas atsisakys keisti taikytiną teisę tarp ginčo atsiradimo ir sprendimo momentų, o tai, kad jis atsisakys keisti teisę tarp pirmojo sprendimo byloje ir paskesnių sprendimų.

[15] Žr. Mortimer R. Kadish, Sanford H. Kadish, *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures form Legal Rules*, 1973, p. 58–91.

ma sulaužyti taisyklę, tai reiškia, kad iš tikrųjų jie taisyklių nelaužo. Bet tai būtų tik žodžių žaismas ir nepakeistų fakto, kad teisėjai kartais nutaria nepaisyti arba pakeisti iki tol pripažintą taisyklę. Tam jie gali turėti rimtų priežasčių, bet aukštesnės normos laikymasis nėra gera priežastis; tai yra tik išradingas būdas savo išvadai pareikšti.

Geresnė analogija teisės normoms būtų taisyklės, kaip laimėti žaidimą. Aš esu paminėjęs šachmatų strategiją ir taktiką. Panašus, bet paprastesnis pavyzdys yra slidinėjimas. Pradedantysis išmoksta įvairių taisyklių, kaip daryti posūkius, sustoti ir pan., tačiau jam „leidžiama" jas pažeisti ir jis dažnai tai daro, kad neparvirstų. Taisyklės iš tiesų tėra direktyvos ir galbūt lygiai taip yra ir teisėjams su teisės normomis. Kita analogija yra vadinamasis „darbas pagal taisykles". Darbuotojai nusprendžia vykdyti kiekvieną darbo taisyklę – ir rezultatas yra visiškas darbo sulėtėjimas, nes taisyklės nebuvo sukurtos tam, kad būtų įgyvendinama kiekviena jų „raidė". Teisėjas, kuris pernelyg rimtai vertina taisykles, gali tapti užsispyrusiu biurokratu.

Dar viena teisės normų analogija yra teisė daugiau moksline, o ne juridine ar moraline prasme. Jei atrandamas netinkamas pavyzdys ir jis negali būti priskiriamas stebėjimo ar eksperimentinio proceso klaidoms, teisė turi būti keičiama; mokslinė teisė yra aprašomoji, o ne reguliuojamoji. Panašiai atsitinka, kai teisėjai nusprendžia netaikyti taisyklės, o veikti priešingai, praktiškai jie pakeičia taisyklę leistinose ribose.

Principinis skirtumas tarp teisės, mokslo ir žaidimo yra tas, kad teisei ir mokslui rūpi teisingi rezultatai, tuo tarpu žaidimo taisyklių funkcija yra sukurti žaidėjų sugebėjimų palyginimo ir vertinimo kriterijus. Tačiau kitaip nei mokslas, teisė siekia ne tik teisingo rezultato, bet ir stabilumo, kuriam ji dažnai aukoja fundamentalų teisingumą. Trumpai tariant, visos trys veiklos rūšys – teisė, mokslas ir žaidimai – siekia skirtingų tikslų ir šie tikslai veikia „žaidėjų" požiūrį į taisyklių laikymąsi.

Kalba panaši į teisę tuo, kad jos taisyklės irgi kinta vartojant, tačiau kalba yra stabilesnė. Kadangi niekas (išskyrus Prancūzų Akademiją!) neturi specialių įgaliojimų keisti kalbos taisykles, paprastai jos kinta ypač lėtai, kaip ir būdinga papročiams. Teismų sistema, kuri yra hierarchinė kiekvienoje teisės sistemoje, turi įgaliojimus staiga keisti jurisdikcijos normas. Dėl politinių suvaržymų teisėjai retai pasinaudoja šia galia ir todėl jie iš tikrųjų gali jos ir neturėti, tačiau dėl to ši teisinė išdava nėra loginio proceso rezultatas. Tokias išdavas galima numatyti dėl visiems žinomo teisėjų polinkio laikytis iš anksčiau egzistuojančių taisyklių – polinkio, kuris vadinamas *stare decisis*. Tačiau, kadangi minėtos taisyklės gali būti persvarstomos, numatomos išdavos nėra logiškai privalomos. Čia galima analogija su silogizmu apie Sokratą, jei jį persakytų leksikografijos diktatorius iš *Nineteen Eighty-Four* (O'Brienas), kuris galėtų vienu plunksnos brūkštelėjimu iš naujo apibrėžti „žmogų" ir „mirtingumą".

Kitas bendras teisės ir kalbos bruožas yra tas, kad jos abi yra tam tikra prasme už to, kas yra teisinga ir klaidinga. Mūsų kalboje apstu klaidų, kurių niekas daugiau nebetaiso. Pavyzdžiui, daugiskaitinis daiktavardis „pease", kuris yra panašus į žodį „wheat" ir kuris buvo išsaugotas lopšinėje „pease porridge hot", ilgai nebuvo laikomas dau-

giskaitiniu daiktavardžiu, todėl buvo padaryta išvada, kad „pea" yra vienaskaita, o „peas" sukonstruotas kaip taisyklinga daugiskaita. Hamleto frazė „sulaužydamas esi labiau gerbiamas", turinti omenyje paprotį, kurio nesilaikymas labiau gerbiamas nei laikymasis – kalbama apie besaikį gėrimą, buvo klaidingai aiškinama kaip nuoroda į paprotį, kurio nesilaikoma. Tokia klaida, kaip ir „pea" bei „peas", yra tvirta, nepajudinama mūsų kalbos dalis. Kadangi teisė, kaip ir kalba, vertina stabilumą, teisinės klaidos irgi gali būti įtvirtintos laiko ir įpročio.

Tuo nesiekiu paneigti, kad teisės normos yra naudingos. Visiškai sutinku su klasikine H. L. A. Harto formuluote:

> Mes pažadame kitą dieną aplankyti draugą. Tai dienai atėjus paaiškėja, kad ištesėti pažadą reikštų neaplankyti kito žmogaus, kuris sunkiai susirgo. Tai, kad tokia priežastis pripažįstama kaip pasiteisinimas pažadui sulaužyti, tikrai nereiškia, jog pažadų nebūtina tesėti. Iš šio fakto negalima daryti išvados, kad tokios taisyklės turi neapibrėžiamą skaičių išimčių, kad kiekvienoje situacijoje sprendimas paliekamas mūsų nuožiūrai ir mes niekuomet neprivalome laikytis pažadų. Taisyklė, kuri baigiasi „išskyrus, jei", vis tiek yra taisyklė[16].

Dar būtų galima pridėti, kad faktas, jog taisyklė nėra amžina, nereiškia, kad ji nėra taisyklė savo gyvavimo metu.

Svarbu yra tai, kad Harto pavyzdys yra aprašytas žmonių, kuriems skirta taisyklė, požiūriu, o ne taisyklių kūrėjų požiūriu. „Mes" pavyzdyje simbolizuoja ne asmenis, kurie gali sukurti arba panaikinti taisyklę, kad pažadus reikia tesėti. Teisės subjektų požiūriu tas faktas, kad taisyklės turi neaiškias ribas arba kad laikui bėgant jos gali keistis, neturi įtakos taisyklių privalomumui. Tačiau, taisyklių kūrėjų nuomone, taisyklėse dar gali būti daug spragų. Taisyklių kūrėjai gali turėti visišką arba bent jau didelę laisvę savo nuožiūra atšaukti, pakeisti arba „interpretuoti" taisykles. Tai yra viena iš priežasčių, kodėl išsilavinę teisės profesijų atstovai geriau suvokia teisės neapibrėžtumą nei paprasti piliečiai. Harto pavyzdyje taisyklė dėl pažadų laikymosi jau egzistuoja. Nieko neužsimenama apie jos sukūrimą ir šis nutylėjimas slepia faktą, kad asmenų, kuriančių taisykles, santykis su taisyklėmis yra visai kitoks nei asmenų, kurie gali nukentėti dėl tų taisyklių nesilaikymo ir neturi jokios galimybės jas keisti ar atšaukti. Atsakomybė už taisyklės laikymosi neužtikrinimą paprastai yra švelnesnė nei atsakomybė už taisyklės nesilaikymą.

Esame įpratę manyti, kad teisėjai yra „žemiau" įstatymų, t. y. valdomi, o ne valdantieji. Tačiau, be jau minėto atsakomybės už teisės neužtikrinimą ir nesilaikymą skirtumo, teisėjai turi gana dideles galimybes keisti normas, ypač *common law,* ir konstitucinėje teisėje. Šios galimybės atitinka faktą, kad normos nebūtinai turi būti aiškios, apibrėžtos, nekeičiamos ir neatšaukiamos, kad sukurtų pareigas teisės subjektams. Tiesiog teisėjams taisyklės taikomos ne visai ta pačia prasme. Tačiau tai nepaneigia, kad

[16] *The Concept of Law*, 1961, p. 136.

pačių teisėjų sukurtos taisyklės turi „svorį" kitiems teisėjams. Iš tikrųjų egzistuoja lanksti precedento laikymosi politika, kuria siekiama suteikti teisei stabilumo ir taupyti teisėjų laiką[17].

Teisinio stabilumo paminėjimas mus vėl sugrąžina prie logikos ribų teisėje. Stabilumas labai svarbus tuo laikotarpiu, kai nagrinėjamas konkretus teisės institutas. Bet kuriuo momentu teisė kaip visuma yra ganėtinai stabili, nes tik labai nedidelė dalis normų kaip tik tuo metu yra keičiama. Tačiau pratęsus laikotarpį vaizdas iš esmės pasikečia. Tokie skirtingoms sritims priklausantys teisės institutai kaip deliktų teisė, konstitucinė teisė, antimonopolinė teisė smarkiai pasikeitė per paskutinį amžių ir beveik tik dėl teisėjų sukurtų taisyklių. Procesas, kurio metu teisėjai pakeitė šias taisykles, arba, tiksliau, sukūrė dabartines taisykles, nėra loginis: jame nebuvo taisomos pirmtakų klaidos naudojantis silogistiniu mąstymu. Vienas iš galimų pavyzdžių: didžiulis deliktinės atsakomybės išsiplėtimas šiame amžiuje negali būti paaiškintas logikos terminais. Jis gali būti susijęs su nuostata, kad, kitaip nei anksčiau, avarijų lengviau išvengti patiems potencialiems kaltininkams (ir galbūt sunkiau potencialiems nukentėjusiesiems) arba su didesnėmis teismų galimybėmis nagrinėti bylas, arba su mažesnėmis nukentėjusiojo teismo išlaidomis, arba su augančiu socialinio draudimo populiarumu. Ir visų pirma jis gali būti susijęs su pastangomis sukurti efektyvesnę teisę – Įvade minėta *trečiąja teisės plėtros stadija*. Jokios logikos. Logika nepatenka į dosnios ir šykščios kaltinamųjų, patentų savininkų ar darbdavių teisių apsaugos sritį.

Teisėjai ir teisininkai naudoja tik pačius paprasčiausius logikos metodus. Formali logika yra retai dėstoma teisės mokyklose ir retai aptinkama teisinėse išvadose, pranešimuose arba teisės apžvalgos straipsniuose. (Tačiau nereiktų iš to daryti ypatingų išvadų. Be logikos vadovėlių ir straipsnių, formali logika yra retai kur sutinkama. Aš neagituoju už formalias nuorodas teisinėse išvadose.) Artimiausias formalios logikos analogas teisėje yra ekonomikos analitikų naudojamas teisės normų matematinis modelis. Šių modelių modelis yra Learnedo Hando formulė, kuri neatsargumą apibrėžia paprasta algebros formule[18]. Dabar jau turėtų būti aišku, kad silogizmas nėra naudingas teisinio mąstymo šablonas. Jo funkcija yra įrodyti mąstymo proceso teisingumą, o ne nustatyti tiesą proceso finale. Jis naudojamas ne įrodyti, kad Sokratas mirtingas – tuo niekas neabejoja, bet pademonstruoti loginį santykį, kuris būtų aiškes-

[17] Apie šio teiginio pripažinimą netikėtame šaltinyje žr. Duncan Kennedy, *„Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology"*, 36 *Journal of Legal Education*, 1986, p. 518. „Svorio" metafora neturėtų būti suprantama pažodžiui ir siejama su gravitacijos jėga, kurią ji reiškia. Gravitacija neturi artimo atitikmens teisiniuose paskatinimuose ar įpareigojimuose.

[18] *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947) (B<PL, kas reiškia, kad, jei kaltininko išlaidos avarijai išvengti yra mažesnės už avarijos nuostolius, padaugintus iš avarijos tikimybės, kaltininkas pripažįstamas kaip neatsargus). Palyginkite su *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd.*, 780 F.2d 589, 593 (7th Circ. 1986) ir žr. William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987).

nis, jei žmogų (žmones) pažymėtumėme A, mirtingumą – B, o Sokratą – C[19]. Logika, kaip ir matematika, nagrinėja santykį tarp idėjų, o ne tai, kaip jos atitinka faktus. Teisės sistema negali būti nejautri empirinėms tiesoms.

Koks besusidarytų įspūdis, mano tikslas nėra paniekinti logikos naudojimą teisėje. Net ir sudėtingose situacijose ji vaidina tam tikrą – kritinį – vaidmenį. Bertranas Ruselas tiksliai pastebėjo: „Logikos klaidos, mano nuomone, turi daugiau praktinės reikšmės nei daugeliui žmonių atrodo; jos leidžia savo autoriams kiekvienu klausimu užimti patogią poziciją. Dialektinis metodas arba, bendriau tariant, nevaržomos diskusijos įprotis siekia stiprinti loginį nuoseklumą ir tuo yra naudingas. Tačiau jis visiškai nenaudingas, kai tikslas yra atrasti naujų faktų"[20]. Paskutinio sakinio išlyga yra itin svarbi, ir tuo įsitikinsime kitame skyriuje.

Štai vienas pavyzdys, kaip logika kritiškai turi būti naudojama teisėje. Aukščiausiasis Teismas nusprendė, kad Konstitucija nedraudžia valstybei pripažinti nusikaltimu homoseksualių suaugusiųjų sodomiją[21]. Teismas pabrėžė ilgą tokio elgesio baudimo istoriją ir iš to padarė išvadą, kad nuo seno baudžiamas elgesys negali būti priskirtas „asmeninio gyvenimo" išimčiai, kurią Teismas atrado Konstitucijoje. Tačiau tokiu atveju ankstesni Teismo sprendimai, teigiantys, kad moterims nedraudžiama darytis abortų arba kad susituokusios ir nesusituokusios poros gali naudoti kontraceptines priemones, atrodo nelogiškai, nes toks elgesys taip pat ilgai buvo draudžiamas. *Bowers v. Hardwick* byla nesiekia pakeisti šių sprendimų. Taigi daugumos nuomonė gali būti nenuosekli. Prieštaraujantys teismų sprendimai lygiai taip pat rodo, kad teismai nekreipė dėmesio į savo pozicijų nenuoseklumą. Teismai vertino homoseksualistų sodomiją taip pat kaip heteroseksualinius lytinius santykius ir būtent heteroseksualistų sodomiją. Jei tarp homoseksualizmo ir heteroseksualizmo nėra socialinių ar teisinių skirtumų, valstybė, kuri atsisako pripažinti homoseksualų santuokas, savavališkai juos diskriminuoja. Nė vienas iš prieštaringus sprendimus priėmusių teismų nenorėjo pripažinti šios išvados. Man atrodo, kad, jei šie teismai nemano, jog Konstitucija reikalauja pripažinti homoseksualų santuoką, tai jie iš tikrųjų nemano, kad homoseksualų sodomija yra identiška heteroseksualų sodomijai.

Logika negali išspręsti pačių sunkiausių bylų. Logika naikintoja nėra logika kūrėja. Įrodyti, kad nuomonė yra nelogiška, nereiškia įrodyti, kad išdava yra nelogiška. Pastarasis pastebėjimas yra ypač taikytinas situacijai, kai byloje ir daugumos, ir mažumos nuomonės yra nelogiškos. Galbūt ankstesni asmeninio gyvenimo išimtį patvirtinę sprendimai turėjo būti pakeisti *Bowers* byloje, o gal homoseksualų santuoka turėtų būti įteisinta. Jei teiginiai A ir B yra nesuderinami, vieno iš jų reikia atsisakyti,

[19] Faktas, kad Sokrato silogizme A simboliu pažymėti du skirtingi žodžiai, parodo jo nestandartinį statusą. Apie tai žr. Willard Van Orman Quinc, *Methods of Logic* 107, 4 leid. 1982, p. 259–267. Atvirkščiai, silogizmas „visi graikai yra tamsiaplaukiai. Kretiečiai yra graikai, todėl visi kretiečiai yra tamsiaplaukiai" nesukelia jokių sunkumų, kai yra perdaromas į formą „visi A yra B; visi C yra A; todėl visi C yra B".

[20] *A History of Western Philosophy* 93, 1945.

[21] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986.

tačiau logika negali atsakyti kurio. Bet ji gali atmesti teiginius, remdamasi daugeliu byloje pateiktų argumentų, spausti priešingą šalį pateikti naujų argumentų ir taip sukurti sąlygas, reikalingas teiginių nesuderinamumui išspręsti, nes aš neatmetu galimybės, kad giliau paanalizavus nesuderinamumo klausimus būtų galima išspręsti[22]. Logikos kritinio naudojimo teisėje svarba turėtų padėti mums suprasti, kodėl teisėjai ir teisininkai per daug naudoja logiką. Teisė pritraukia ir apdovanoja tuos žmones, kurie gerai valdo neformalią logiką (ne lemų ir predikatų logiką ar pan., kuri pritraukia kitokio mąstymo asmenis). Tačiau ne visi iš jų sutinka pasinaudoti savo loginiais sugebėjimais, kad atmestų kitų teisininkų ir teisėjų argumentus. Jie siekia kurti teisę ir ją kritikuoti ir visa tai daryti jiems geriausiai pažįstamais įrankiais – paprastąja logika.

Visas šis dėmesys teisėjams ir teisminiams ginčams gali erzinti teisininkus, kurie specializuojasi tose srityse, kur ginčai nėra pagrindinis dėmesio objektas. Tokių sričių yra daug, o anglų ir amerikiečių teismų praktikoje dėmesio joms skiriama mažai. Tačiau šioje knygoje jo bus skiriama daugiau. Teisėjas yra sudėtingesnis veikėjas negu teisininkas, kuris rengia lizingo sutartį pagal nusistovėjusias ir lėtai kintančias teisės normas, arba negu arbitras, kuris išsprendžia ginčą, kylantį iš tokios sutarties. Bet yra viena sritis, kurioje teisminis ginčas nėra jurisprudencijos dėmesio centre, tačiau kurioje jurisprudencijos problemos yra labai susijusios su šiuo skyriumi. Tai yra federaliniai mokesčiai. Kongresas ir Iždo departamentas taip dažnai ir tiek daug išleidžia mokesčių įstatymų ir kitų teisės normų, kad beveik nesinaudojama teismais įstatymų ir kitų teisės aktų spragoms užpildyti. Tačiau tokio požiūrio kaina yra gana didelė ir turėtų priversti susimąstyti pritariančiuosius Benthamo nuomonei, kad juridinio teisėtumo problema gali būti išspręsta kodifikacijos būdu. Tradiciškai rūpestingai suformuluoti mokesčių nuostatai ir taisyklės savo tikslumu sukuria spragas, kurias

[22] Esminių sąlygų praleidimas dera prie *Bowers* teiginių išsisukinėjančio pobūdžio. Nors byloje minimas tradicinis nepritarimas ir sporadinis homoseksualistų persekiojimas, tačiau nepaisoma šių potencialiai susijusių faktų: 1) sodomijos įstatymai šalyje daugiau nebetaikomi (pačioje *Bowers* byloje buvo sulaikymas, tačiau jokio persekiojimo); 2) Jungtinėse Valstijose ir Vakarų Europoje *Bowers* bylos metu homoseksualistai vyrai buvo pagrindiniai baisiąją AIDS sukeliančio viruso nešiotojai ir aukos, nors jų kaip viruso platintojų vaidmuo, palyginti su narkomanais, mažėja; 3) tarp heteroseksualų yra plačiai paplitęs pasibjaurėjimas specifine homoseksualų lytine veikla ir puikavimusi šia veikla bei su ja susijusiu gyvenimo stiliumi; 4) pastebima ir žymi homoseksualių vyrų dalis yra netvarkingi (siejasi su 2 punktu), nors skaičius sumažėjo dėl AIDS epidemijos; 5) į biologinį ir psichiatrinį klausimą, ar, ir jei taip – kiek seksualinė orientacija yra savanoriška, nėra atsakyta; 6) homoseksualistai priklauso aukštesniam nei vidutinis lygiui pagal išsilavinimą, pajamas, meninį ir intelektinį kūrybiškumą; 7) jie kelia vis daugiau politinių reikalavimų; 8) bendruomenės labai skirtingai vertina homoseksualumą ir kai kurios iš jų yra tolerantiškos. Apie diskusijas ir referencijas žr. Michael Ruse. *Homosexuality: A Philosophical Inquiry*, 1988. Aš nesu tikras dėl visų šių faktų reikšmės, tačiau man sunku suprasti, kodėl atsakingas teisėjas neatsižvelgia į juos stengdamasis nuspręsti, ar Konstitucija turėtų būti aiškinama kaip ribojanti homoseksualių lytinių santykių viešą reguliavimą. Žinoma, teisingumo institucijos galbūt galvojo apie šiuos dalykus, galbūt net aptarė tarpusavyje (nors aš abejoju), tačiau nepaminėjo to savo išvadose. Aš manau, kad apdairus teismas būtų nutraukęs bylą dėl neaiškumo, kylančio iš valstijos sprendimo nepersekioti ieškovo, ir nesprendęs bylos iš esmės.

teisininkai stengiasi nedelsdami išnaudoti savo klientų naudai. Spragos skatina primti pataisas. Taisymo pasekmė yra ta, kad sumažėja nepageidautinų spragų, bet sukuriama ypač sudėtinga struktūra. Galima tik spėlioti, ar teismų pastangos užpildyti spragas paprastesnėje struktūroje nebūtų naudingesnės.

Mokesčių – konservatorių taip nemėgstamo instituto – praktika leidžia kiek kitaip pažvelgti į Hayeko ir jo pasekėjų nuomonę, kad teisės viešpatavimas reiškia aiškių, iš anksto visiems žinomų ir teisminiu aiškinimu nekeičiamų taisyklių galiojimą[23]. Tokiai judriai visuomenei kaip mūsų reikalingas teisinis pakeitimų mechanizmas, tačiau nėra aišku, ar dabartinė federalinėje mokesčių sistemoje dominuojanti kombinacija – ypač detalios statutinės nuostatos su dažnais pakeitimais ir nuolatiniu vykdomųjų taisyklių kūrimu – yra geriau nei teismų taikomi lankstūs standartai. Būtų keista, jei konservatoriai norėtų išplėsti įstatymų leidybos ir administravimo vaidmenis mūsų visuomenėje.

Josephas Isenberghas smarkiai kritikavo teisėjų vykdomų mokesčių įstatymų doktriną, kuri leidžia mokesčių rinkėjui nepaisyti sandorio formos ir gilintis į jo esmę, siekti išvengti pasinaudojimo atsitiktinai mokesčių statutuose ir nuostatuose atsiradusiomis spragomis[24]. Peržiūrėjęs keletą bylų, kuriose, jo nuomone, „esmės viršenybės prieš formą" doktrina buvo neteisingai pritaikyta, Isenberghas daro išvadą, kad „gilesnis statutų ir konkrečių sutarčių gramatinis nagrinėjimas ir mažesnis rūpestis tuo, kaip išgelbėti pasaulį nuo sumanių mokesčių mokėtojų, būtų leidęs priimti teisingesnius sprendimus šiose bylose" (p. 879). Nuo čia Isenberghas pereina prie platesnių dalykų ir įrodinėja tai, ką jis apibrėžia kaip formalistinį požiūrį į interpretaciją apskritai. „Sunkios ir žavingos intelektiniu požiūriu grumtynės su byloje esančiais faktais ir vidinėmis statutų sąsajomis dažnai pateikiamos kaip triviali ir pernelyg formali veikla. Tiek pažengus, šūkis „esmės viršenybė prieš formą" yra puiki priemonė išvalyti intelektinę erdvę „platesnės" paties statuto prigimties paieškoms. Ši veikla praktiškai labai nesudėtinga, nes reikalauja tik patvirtinti statuto tikslą, kuris apskritai arba konkrečiai dėl tiriamo sandorio fiksuoja kažkieno požiūrį" (id.). Kodėl teisėjai pa-

[23] Žr., pavyzdžiui, F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960, 10 sk.; Hayek, *Law, legislation and Liberty*, 1973, 1 t.; Norman P. Barry, *Hayek's Social and Economic Philosophy*, 1979, 5 sk.; James M. Buchanan, *„Good Economics – Bad Law"*, 60 *Virginia Law Review*, 1974, p. 483; Buchanan, *„Contractarian Political Economy and Constitutional Interpretation"*, 78 *American Economic Review Papers and Proceedings*, 1988 m. gegužė, p. 135; Randy E. Barnett, *„Foreword: Can Justice and the Rule of Law Be Reconciled?"*, 11 *Harward Journal of Law and Public Policy*, 1988, p. 597. Hayeko priešiškumas teisiniams standartams yra susijęs su kraštutiniu skepticizmu „Austrijos ekonomikos" mokyklos atžvilgiu, kurį jis išskirtinai demonstruoja valstybės, o ne rinkos suformuotai informacijai. Standartams taikyti, kaip minėjau, reikia daugiau informacijos nei taisyklėms, todėl standartai potencialiai suformuoja platesnes kišimosi galimybes vyriausybei negu taisyklės. „Austriška" pozicija yra panaši į formalaus, arba procedūrinio teisingumo šalininkų (kaip Lono Fullerio), kurių poziciją aš aptariu 7 ir 11 skyriuose.

[24] *„Musings on Form and Substance in Taxation"*, 49 *University of Chicago Law Review* 1982, p. 859, 863–884. Toliau nuorodos į šio straipsnio puslapius pateiktos tekste. Palankesnį doktrinos vertinimą žr. Marvin A. Chirestein, *„Learned Hands Contribution to the Law of Tax Avoidance"*, 77 *Yale Law Journal* 1968, p. 440.

sirenka tokį požiūrį? Isenberghas jau yra atsakęs ir to atsakymo turėtų pakakti: teisėjai kartais tingi ir kartais jie nežino, ką daryti su sudėtingais komerciniais sandoriais. Darbar jis prideda dar štai ką: „Teisėjai turi aspiracijų. Mažai dėmesio skiriama tiems, kurie įsiskverbia į siauras technines taisykles. Skausmingas sandorių ir statutų nagrinėjimo procesas, siekiantis nustatyti, ar nėra prieštaravimų, nežada šlovės. Visuomenėje, kuri iš teismų visuomet laukia valstybinio veikimo mostų, lengva suprasti teisėjo pagundą nukirsti, o ne išpainioti Gordijaus mazgą" (p. 882)[25]. Taigi doktrinos „esmės viršenybė prieš formą" šaknyse glūdi teisėjų ambicijos (o mokesčių teisėje?). Ir „teisės profesoriai nelabai čia padeda. Jie nori viešai pasmerkti „formalizmą" ir šlovinti „politikos tikslus" spręsdami ginčus" (*idem*).

Isenberghas nėra nuoseklus formalistas. Jis išjuokia „esmės viršenybės prieš formą" kaip „statutinės konstrukcijos maksimą. Kaip ir su vyresniais giminaičiais, vis sunkiau ir sunkiau suprasti, kuria kryptimi viskas pakryps, kai išaiškės" (p. 879). Statutinės konstrukcijos kanonai yra pagrindinės formalistinio samprotavimo statutinėse bylose atramos. Isenbergho siūlomas požiūris – atidus sandorio detalių ištyrimas, statuto vidinių ryšių išmanymas, plataus apibendrinimo kaip lengvos formulės sprendimui atmetimas – neatrodo tapatus formalizmui kokia nors suprantama šio termino prasme. Šis požiūris nereikalauja paneigti, kad pasitaiko nenumatytų spragų ir kad teismai privalo stengtis jas užpildyti. Tačiau Isenberghas ne tik kritikuoja intelektualiai tingų stilių, kuriuo teisėjai vykdo savo pareigas. Jis taip pat kritikuoja rezultatą, pavyzdžiui, garsioje *Gregory v. Helvering* byloje[26].

Ponia Gregory buvo vienintelė savininkė korporacijos, turinčios tam tikrų aktyvų, kuriuos ponia Gregory norėjo parduoti. Jei jie būtų buvę parduodami tiesiogiai arba perleisti jai ir parduodami, tuomet tektų sumokėti didelius mokesčius. Pavyzdžiui, jei aktyvai būtų perėję tiesiogiai savininkei, tai būtų laikoma dividendų išmokėjimu ir būtų apmokestinta kaip eilinės pajamos. Todėl ji sukūrė naują savo bendrovę, kuriai senoji bendrovė pervedė aktyvus. Tada ji uždarė naująją bendrovę (po trijų dienų nuo atidarymo), pasiėmė aktyvus kaip likvidavimo dividendus ir juos pardavė. Kadangi aktyvus ponia Gregory gavo vykdydama „reorganizavimo planą", o likvidavimo dividendai, išmokėti pagal tokį planą, nėra apmokestinami, ji reikalavo, kad jai būtų apskaičiuoti tik mokesčiai už kapitalo padidėjimą, kuris susidarė pardavus aktyvus. Aukščiausiasis Teismas nusprendė, kad „reorganizavimas" buvo apgaulė ir todėl ponios Gregory gautų dividendų negalima laikyti likvidavimo dividendais, kuriems netaikomi mokesčiai.

Isenberghas aiškina, kad sprendimas neteisingas. Statutas apibrėžia reorganizavimą kaip bendrovės formos pakeitimą (pavyzdžiui, likvidavimą), atitinkantį tam tikrus techninius reikalavimus, kurių ponia Gregory laikėsi. Nebuvo tokio fakto, kuriuo

[25] Netiksliai parinkta metafora. Gordijaus mazgas negalėjo būti išpainiotas: jį reikėjo perkirsti, ką suprato tik Aleksandras Didysis.

[26] 293 U.S. 465, 1935, aptariamas Isenbergho straipsnyje, p. 866–870.

teismas galėtų pasiremti, spręsdamas, ar reorganizavimas buvo teisėtas pagal statuto reikalavimus. Statutas sukūrė tik reorganizavimo koncepciją. Pagal šį iš esmės formalistinį mąstymo būdą mokesčių statutas sukūrė konceptualų pasaulį, panašų į Euklido realiųjų skaičių ar teoremų pasaulį, kuris nebūtinai turi ryšį su faktų pasauliu. Pasak Isenbergho, reorganizavimas yra ne sandoris, kuriuo įmonė gina savininkų interesus, o tik popierių maišymas pagal statuto „dūdelę". Čia neatsižvelgiama į pajamų, atsiradusių dėl reorganizavimo, atleidimo nuo mokesčių tikslą, t.y. palengvinti reorganizavimą, kuris būtų tikslingas verslo sandoris, o ne skatinti tuščius sandorius, kurių vienintelis tikslas yra tik sumažinti mokesčius (jei būtų pavykę)[27]. Dabar mes matome, kaip „sunkios grumtynės su ... vidinėmis statutų sąsajomis" trukdo alternatyvių statuto interpretacijų teisminiam vertinimui[28].

Mano panieka teisiniam formalizmui jo specifiniu taisyklių taisyklės pavidalu galėtų būti pati gražiausia muzika kairiesiems liberalizmo kritikams, kurie bet kokį kompromisą su griežčiausia formalistine teisės koncepcija laiko liberalizmo krizės požymiu[29]. Aš nesutinku su jais[30], nors pripažįstu, kad savo pozicijai apginti jie gali cituoti Hayeką ir kitus konservatorius. Pageidautina mažinti pareigūnų diskreciją, įskaitant teisėjus, tačiau nepageidautina ir netgi neįmanoma eliminuoti oficialiosios diskrecijos. Atrodo akivaizdu, kad įstatymų leidėjai turi ir privalo turėti diskrecijos[31]. Jei vietoje beprasmiško bandymo iš anksto numatyti kiekvieną įsivaizduojamą elgesio taisyklės išimtį, jie palieka teismams sukurti (galbūt tam tikrose ribose) išimtis *ad hoc* pagrindu, t.y. darbo pasidalijimo tarp įvairių valdžios šakų detalė, o ne liberalios valstybės koncepcijos atsisakymas. Net jei atsakomybė už pagrindinių elgesio taisyklių formulavimą dažniausiai paliekama teismams, kaip buvo daroma Anglijoje ir Amerikoje iki šio amžiaus, liberalizmas dėl to netampa melagiu. Ar Anglija ir Amerika bu-

[27] Kaip buvo paaiškinta ekspertų raporte Atstovų Rūmams ir Senatui, Kongreso „politika buvo atleisti nuo mokesčių pajamas iš sandorių, atsiradusių dėl reorganizavimo, tam, kad nebūtų kliudoma įprastiniams verslo sandoriams". S. Rep. No. 398, 68th Cong., 1st Sess. 14–15 (1924); H. R. Rep. No. 179, 68th Cong., 1st Sess. 13 (1924).

[28] Airijos Aukščiausiasis Teismas neseniai *McDermott v. McGrath* byloje atmetė „esmės viršenybės prieš formą" doktriną Airijos mokesčių teisėje. Atrodo, kad Airijos Parlamentas negali sugalvoti, kaip „užkišti" spragą, atsiradusią dėl šio sprendimo. Žr. George Guttman, *„Irish Supreme Court upholds Tax Avoidance Scheme"*, 40 *Tax Notes*, 1988 m. liepos 25 d., p. 349, 350.

[29] Žr., pavyzdžiui, Duncan Kennedy, *„Legal Formality"*, 2 *Journal of Legal Studies* 351, 1973, Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, 1975, 2 sk.; Mark Kelman, *A Guide to Critical legal Studies*, 1987, 1 sk.; Terry Eagleton, *William Shakespeare*, 1986, p. 35–58.

[30] Žr. mano knygą *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988, p. 105–109; taip pat Nancy L. Rosenblum, *Another Liberalism: Romanticism and the Reconstruction of Liberal Thought*, 1987, p. 38–42.

[31] Man akivaizdu. Tačiau Hayekas priklauso vokiečių kilmės politinės minties mokyklai, kuri pabrėžia ribotą valdžią, o ne liaudies valdžią; kuo labiau valdžia ribota, tuo mažiau diskrecijos lieka įstatymų leidėjams. Žr. mano straipsnį *„The Constitution as an Economic Document"*, 56 *George Washington Law Review* 4, 1987, p. 21–22.

vo, klasikine to žodžio prasme, mažiau liberalios *common law* žydėjimo laikotarpiu nei jos yra visuotinės gerovės valstybės eroje? Nevaržomos oficialiosios diskrecijos sistema nesiderintų prie liberalios valstybės prielaidų, iš kurių ryškiausia yra teisės viešpatavimas, t. y. „įstatymų, o ne žmonių valdžia". Tačiau diskrecijos „salelės" neprieštarauja liberalizmui. Sistema netampa „neliberali" tiesiog dėl to, kad teisėjai sudėtingus atvejus išsprendžia savo nuožiūra, kad prisiekusieji kartais nepaiso baudžiamųjų įstatymų arba kad vykdomoji valdžia kartais gali suteikti malonę nusikaltėliams neaiškindama priežasčių. Liberali valstybė visuomet buvo taisyklių ir diskrecijos derinys ir reikėtų klausti, ar liberalizmo derinys yra geresnis už kritikų ginamuose režimuose gaunamus derinius. Tačiau net ir taip formuluoti klausimą reiškia pernelyg rimtai vertinti etiketes. Neturėtų rūpėti, ar mūsų teisės sistema yra vadinama „liberalia". Praktinis klausimas – ar ji geresnė už dar daugiau taisyklių ir mažiau diskrecijos turinčią sistemą arba už dar daugiau diskrecijos bei standartų ir mažiau taisyklių turinčią sistemą[32].

Po tokios ilgos teisinio formalizmo kritikos turiu pasakyti, kad nesu nusistatęs prieš bet kokį formalizmą. Matematika yra formalistinė disciplina. Tokia pat ir logika, ir daugeliu atvejų tapyba, skulptūra, architektūra bei literatūra. Ekonomika taip pat turi formalistinę pusę: mano darbas ekonominėje teisės analizėje buvo įvertintas ir kaip formalistinis, ir kaip antiformalistinis[33]. Abstrahavimasis nuo konkrečių atvejų yra esminė mokslo dalis. Todėl šia prasme visi mokslai, ne tik ekonomikos mokslas, yra formalistiniai. Tai tik pailiustruoja kategorizavimo skurdą (tipiškai formalistinė yda). Tikrojo formalizmo prestižas yra iš dalies priežastis to, kad taip daug teisėjų ir teisės mokslininkų siekia paversti teisę formalistine disciplina.

Mokslinis stebėjimas

Po logikos pats griežčiausias ir objektyviausias mūsų žinių išplėtimo metodas yra empirinis tyrimas, panaudojant kontroliuojamus arba „natūralius" eksperimentus, kurie gali būti patikrinami statistiškai. Nors šie tyrimo metodai suteikia teiginiams tik bandomąją paramą, o jų demonstruojamos (arba verčiančios žmones sutikti) „tiesos" dažnai yra pereinamosios, daugeliui žmonių modernioje visuomenėje mokslinis metodas yra objektyvaus tyrimo modelis – mokslas labai sėkmingai yra pakeitęs ir mūsų pasaulėžiūrą, ir mūsų pasaulį.

[32] Gerą iliustraciją apie teisininkų „išorinį nerimą" – ypač šiuolaikinių gerovės valstybės liberalų nerimą dėl savo „liberalios" etiketės išsaugojimo prieš kairiųjų radikalų pastangas priklijuoti liberalizmo etiketę *laissez-faire* šalininkams – žr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. 440–444; Richard H. Fallon, Jr., *What is Republicanism, and Is It Worth Reviving?*, 102 *Harvard Law Review*, 1989, p. 1695.

[33] Palyginkite su Wilson, 4 išnaša, p. 481, ir su Louis Menand, *Objection Overruled*, New Republic, 1989 m. kovo 13 d., p. 31.

Mokslinis metodas vaidina menką vaidmenį teisiniame mąstyme. Teisinio ginčo šalys neturi laiko ir pinigų moksliniams eksperimentams ar kitiems moksliniams tyrimams. Reikalingi duomenys dažnai būna sunkiai arba išvis neprieinami. Teisiniai sprendimai gali priklausyti nuo labai tolimų pasekmių numatymo, kaip aborto ar aukščiausiosios bausmės įtaka gyvybės neliečiamumui, tačiau socialiniai eksperimentai tokiems numatymams patikrinti yra retai kada įmanomi, truktų pernelyg ilgai ir iškeltų daugybę etikos klausimų. Teisininkai ir teisėjai (neminint prisiekusiųjų) nėra rengiami pagal mokslinius metodus. Teismo procesas nėra sumodeliuotas kaip mokslinis tyrimas. Kaip matysime kitame skyriuje, valdžia ir hierarchija teisėje vaidina tokį vaidmenį, kuris moksliniame tyrime būtų visiškas svetimkūnis. Daugelis teisės doktrinų yra per daug įsigalėjusios, kad greitai prisitaikytų prie mokslinio supratimo pokyčių. (Moksliniame tyrime nėra *stare decisis* principo.) Visuomenė negali ar bent jau nenori leisti atidėlioti teisinių sprendimų tol, kol bus gauti mokslinio tyrimo rezultatai, arba leisti keisti teisinius sprendimus tą pačią minutę, kai teisės doktrina pripažįstama moksliškai pasenusia.

Galbūt būtų galima įsivaizduoti teisę pagal mokslo, pavyzdžiui, fizikos, modelį. Teisės akademikai, atitinkantys fizikus, laikas nuo laiko atrastų tokių mokslinių principų, kuriems paklūstų teisės sistema, pavyzdžiui, kuo neapibrėžtesnė teisė, tuo žemesnis ginčų sprendimo rodiklis. Teisininkai praktikai ir teisėjai, kurie atitiktų elektros inžinierius, perkeltų šiuos atradimus į teisingumo „mechanizmą", kuriame jau veikia tam tikri „instrumentai", kaip ikiteisminė konferencija, skirta sutarimo paieškai, mažinanti teisminio sprendimo nežinomybę. Inovacijos būtų vertinamos lyginant dabartinę padėtį ir numatomą poveikį[34]. Metafora „socialinė inžinerija" yra atmetama dėl to, kad, atrodo, ji skatina teisininkus perdaryti mūsų pasaulį, bet mes galime išvengti šios implikacijos, susikoncentruodami į inžinieriaus, kaip mokslinių atradimų įgyvendintojo, vaidmenį. Teoriniu, arba „moksliniu", lygiu visuomenė nusprendžia, kad vagystė įsilaužiant naktį turi būti baudžiama griežčiau nei vagystė įsilaužiant dienos metu. Socialinio inžinieriaus užduotis yra rasti įmanomą ir būtinai savarankišką būdą, kaip atskirti dieną nuo nakties. Poreikis dichotomiškiems sprendimams tęstiniuose reiškiniuose aiškiai parodo, kodėl teisė niekada negali – ir neturi siekti – būti elegantiška sritis. Šia prasme ji taip pat primena inžineriją.

Dar reikėtų pabrėžti, kad abi profesijos kritiškai vertina teorijų taikymą, kai reikia dirbti su žmonėmis, medžiagomis ir brėžiniais, ir kuris sukelia rūpesčių dėl stabilumo – dažnai elegancijos sąskaita. Į statinius ar mašinas dedamų apsaugų, siekiant sumažinti gedimo tikimybę, kiekis (nors ir labai grubiai) atitinka teisės profesionalų nenorą matyti teisėje staigius pokyčius. Inžinieriaus teikiama pirmenybė patikrintam procesui ar gaminiui prieš netikėtą technologinį sprendimą yra panaši į teismo proceso atnaujinimo ribojimą, atsiradus naujiems įrodymams ar argumentams. Teisininkai dar

[34] Mokslinio metodo panaudojimo socialinėms reformoms sąvoka yra iš esmės pragmatinė. Žr., pavyzdžiui, George H. Mead, *The Working Hypothesis in Social Reform*, 5 American Journal of Sociology 367, 1899, p. 369–371.

panašūs į inžinierius tuo, kad labai stengiasi išvengti klaidų. Klaidos teisėje ir inžinerijoje gali turėti dramatiškesnių ir staigesnių pasekmių realiame pasaulyje (pavyzdžiui, pralaimėta byla arba sugriuvęs pastatas) nei mokslinės ar matematinės klaidos.

Matyti pažanga, siekiant pakeisti teisę pagal tikrai mokslinį-technologinį modelį, o ne tiesiog analogiškai tokiam metodui. Ši pažanga yra ekonomistų ir ekonomiškai mąstančių teisininkų pastangų rezultatas. Ekonomika, įskaitant ir teisės ekonominės analizės, arba „teisės ir ekonomikos" šaką, iš tikrųjų yra mokslas, nors dar ir nesubrendęs (žr. 12 skyrių). Teisės ir ekonomikos praktikai gana sėkmingai mėgina ekonomikos metodus ir rezultatus panaudoti mūsų supratimui apie teisę pagerinti ir padėti teisės reformai. Šioje srityje reikėtų laukti tolesnės pažangos. Tačiau iš dalies dėl to, kad tokios mokslo sritys kaip ekonomika ir psichologija, kuriomis turėtų remtis teisės mokslas, nėra subrendusios ir dėl anksčiau išvardytų institucinių faktorių dar ilgai reikės laukti dienos, kada teisė galės užimti tam tikrą vietą tarp mokslų. Su inžinerija yra kiek kitaip: inžinerijos stebuklus daug lengviau pastebėti nei teisės, inžinerijos pažanga greitesnė nei teisės, o metodai kelia mažiau problemų.

Ar aš pernelyg akcentuoju skirtumą tarp technikos ir teisės sričių? Ar tikslus tyrimas iš tikrųjų yra toks tikslus? Skaitytojas gali suabejoti mano šaltu tikslaus tyrimo prilyginimu mokslui. Ne tik yra netradiciška (už mokslo filosofijos ribų) logiką, matematiką ir statistiką laikyti mokslo šakomis[35]; bet net ir gamtos mokslai (palikime ramybėje ekonomiką, psichologiją ir kitus socialinius mokslus) ne visuomet ar nebūtinai yra tokie griežti, tikslūs ir tvirti kaip terminui „tikslus tyrimas" suteikiama prasmė[36]. Daug mokslo teorijų, įskaitant natūraliąją atranką ir „sprogimą", negali būti patikrinami eksperimentų ar tikslaus stebėjimo metodais[37]. Daug jų buvo ir paneigta, nors iš pradžių buvo visuotinai pripažintos, pavyzdžiui, Euklido geometrija kaip erd-

[35] Bet nėra klaidinga. Žr., pavyzdžiui, W. V. Quine, *Success and Limits of Mathematization* in Quine, *Theories and Things*, 1981, p. 148. Teisybė, kad logika ir matematika užsiima tokiomis kategorijomis (kaip skaičiai), kurių ontologija kelia daugiau klausimų nei, pavyzdžiui, tokios mokslinės kategorijos kaip atomai arba elektromagnetinė radiacija – kokia prasme skaičius „egzistuoja"? Tačiau ir matematinis, ir loginis tyrimas turi tendenciją suartėti, o logikos ir mokslo vaidmuo sėkmingose mokslinėse teorijose duoda pagrindą manyti, kad loginis ir matematinis tyrimas leidžia atrasti „tiesą". Etinis, literatūrinis ir teisinis tyrimai, priešingai, nerodo nei stiprios tendencijos į suartėjimą, nei yra suvaidinę kokio nors vaidmens sėkmingose mokslinėse teorijose.

[36] Puikią įžangą į mokslo filosofiją ir metodologiją žr. David Oldroyd, *The Arch of Knowledge: An Introduction to the History of the Philosophy and Methodology of Science*, 1986.

[37] Tačiau būtų klaidinga iš šio pastebėjimo daryti išvadą, kaip padarė Luizianos įstatymų leidėjai, reikalaudami dėstyti mokyklose „sukūrimo mokslą", kad „evoliucija nėra mokslinis „faktas", kadangi negali būti stebimas laboratorijoje. Evoliucija greičiau yra tiesiog mokslinė teorija ar „spėjimas". *Edwards v. Aguillard*, 107 S. Ct. 2573, 2598, 1987 (atskiroji nuomonė). Koks keistas religinio tikėjimo ir mokslinio pozityvizmo susidūrimas! Įsivaizduokite, kokioje aklavietėje atsidurtų religija, jei iš tikinčiųjų būtų pareikalauta stebuklų laboratorinio pagrindimo. Apie evoliucijos, kaip mokslinės teorijos, statusą žr. Michael Rouse, *Philosophy of Biology Today*, 1988, 1 sk.; Florian von Schilcher, Neil Tennant, *Philosophy, Evolution and Human Nature*, 1984, p. 91–105. Apie debatus dėl „sukūrimo mokslo" žr. *Science and Creationism*, Ashley Montagu ed., 1984.

vinių santykių teorija, geocentrinė visata, Newtono judėjimo dėsnis ar šviečiantis dangus. Daugelis mokslo teorijų – kai kurie mokslininkai mano, kad visos – yra laikini ar *ad hoc* kūriniai, kuriais paaiškinama tai, kas gali būti aiškinama ir kitais būdais. Kai kurios teorijos pateikia tik menkai pagrįstus rezultatus[38].

Yra trys pagrindinės mokslo objektyvumo problemos. Pirma, tai ryški mokslo įvairovė, netgi neapibrėžtumas, kuris neleidžia tirti visumos, o tik redukuoti ją į vieną metodologiją ar griežtą metodologijų rinkinį. Antra, apie kurią mažai kalbama šių laikų akademiniuose sluoksniuose, yra daugelio protingų žmonių selekcinis netikėjimas mokslu. Ir kas galėtų jiems paprieštarauti[39]? Trečia problema yra ta, kad neaišku, kaip patvirtinti mokslinę teoriją[40]. Tarkime, iš A teorijos išvedama hipotezė, kad įvykis X gali būti stebimas tam tikromis sąlygomis. X iš tikrųjų stebimas, kas patvirtina A. Tačiau stebėjimas taip pat patvirtins A + B (A galėtų būti teiginys, kad kraujas juda, B – kad žmogus turi sielą) arba C (bet kokia kita teorija, iš kurios logiškai galima išvesti X). Galima argumentuoti, jog tam, kad X patvirtintų ne tik A, bet ir A + B arba C, būtina, kad B arba C būtų susijęs su A. Tačiau tokius argumentus nėra sunku pateikti. Neapibrėžtas skaičius teorijų, kurių daugelis bus argumentuotos, atitiks pateiktą pastebėjimų grupę ir pasirinkti vieną iš argumentuotų teorijų grupės reikės greičiausiai vadovaujantis praktiniais kriterijais, pavyzdžiui, paprastumu ar rezultatyvumu, o ne episteminiais kriterijais.

Pastebėjimai, kuriais remiamasi teorijai patvirtinti, gali būti neaiškūs. „Kontroliuojamuose" eksperimentuose atsisakoma tų natūralios aplinkos elementų, kurie laikomi nesusijusiais, tam, kad būtų išryškintas tiriamo kintamojo poveikis. Tačiau ekspe-

[38] Dažnos klaidos ir dažni menkaverčiai metodai net ir šiuolaikiniame moksle yra skausmingai aprašyti David Faust, *The Limits of Scientific Reasoning*, 1984. Kairieji kaltina, kad ideologija suformuoja mokslinio tyrimo kryptį ir netgi išdavas. Žr., pavyzdžiui, Rouse, op. cit.; Bruno Latour ir Steve Woolger, *Laboratory Life: The Social Construction of Scientific Facts*, 1979; *Feminist Approaches to Science*, Ruth Bleier ed. 1986. Šią kritiką reikia turėti omenyje. Nė vienas iš šių autorių neteigia, kad teiginiai, jog kraujas cirkuliuoja, tuberkuliozę sukelia bakterija, o saulė yra milijonus mylių nutolusi nuo žemės, tėra dvidešimtojo amžiaus mitai, nė kiek ne teisingesni už senovės graikų pažiūras į šiuos reiškinius; arba kad „arijų fizikos" nacistinėje Vokietijoje teisingumo vertė yra tokia pat kaip Einšteino fizikos. Žr. Rom Harré, *Varieties of Realism: A Rationale for the Natural Sciences*, 1986; Alan D. Beyerchen, *Scientists under Hitler: Politics and the Physics Community in the Third Reich*, 1977, 7 sk. Dar daugiau, prasmė, kuria atmestos mokslinės teorijos, kaip Euklido erdvės teorija arba Newtono judėjimo teorija, pripažintos klaidingomis, yra specifinė; daugeliu tikslų, įskaitant daugelį technologinių tikslų, tos teorijos yra teisingos („pakankamai teisingos"). (Daugiau apie „tiesą" žr. 3 skyrių). Trumpą mokslinio realizmo apibendrinimą žr. Richard N. Boyd, *How to Be a Moral Realist*, in *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord ed. 1988, p. 181, 188–189. Antirealistinė kryptis yra gerai argumentuota Andrew Pickering, *Constructing Quarks: A Sociological History of Particle Physics*, 1984.

[39] „Aš tikiu, kad kiekvienas žmogus turi du tėvus, kurie yra žmonės; tačiau katalikai tiki, kad Kristus turėjo tik motiną, kuri buvo žmogiška būtybė." Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, 32e, G. E. M. Anscombe ir G. H. von Wright eds. 1969, p. 239. Tarp tikinčiųjų yra nemažai žymių mokslininkų. Žr., pavyzdžiui, R. J. Berry, *What to Believe about Miracles*, 322 *Nature*, 1986, p. 321.

[40] Žr., pavyzdžiui, Clark Glymour, *Theory and Evidence*, 1980, p. 29–48, 110–290.

rimentuotojas gali suklysti modeliuodamas eksperimentą. Vienas iš atsisakytų elementų gali būti tikroji stebimo reiškinio priežastis, o nepriklausomas kintamasis, kurį eksperimentuotojas norėjo patikrinti ir kuris, jo nuomone, daro įtaką, gali būti tiesiog praleisto kintamojo atitikmuo.

Problemos neišsprendžia bandymas pereiti nuo duomenų prie teorijos, t.y. indukcija. Kaip prieš keletą amžių nurodė Hume'as, atradimas, kad stebėdami A dydį, kartu stebime B dydį, įpratins mus tikėtis, kad pamatę A, pamatysime ir B, bet nesuteiks mums jokio racionalaus pagrindo manyti, kad šis modelis tęsis be galo[41]. Net jei kasdien matome saulę kylant, tai nereiškia, jog visuomet taip ir bus; lygiai taip pat, kaip atsikėlimas kas rytą nesuteikia garantijų, kad tampi nemirtingu – nebent kas nors turi teoriją apie tai, kas priverčia saulę pakilti. Bet kaip ką tik buvo paminėta, neaišku, ar teorijos gali būti įrodomos patvirtinimais. Neribotas teorijų, tarp jų ir prieštaringų, skaičius pranašauja, kad saulė ir toliau kils kiekvieną dieną ir kiekviena tokia teorija bus iš naujo patvirtinama. Teorijos gali būti iškraipomos, tačiau jei mes sutiksime su Popperiu, jog mokslinę teoriją galima iškreipti, bet jos neįmanoma patikrinti (žr. 3 skyrių), prieisime prie keistos išvados, kad kiekviena mokslinė teorija tėra spėjimas ir jokia indukcija nėra patikima.

Visa ši diskusija demonstruoja ne gilias mokslo problemas, o neišspręstas mokslo filosofijos problemas[42]. Nors viskas, kuo mes šiandien tikime apie visatos prigimtį, vieną dieną gali būti paneigta, sykiu „mokslas atskleidžia paslaptis, sėkmingai pranašauja ir sukuria technologinius stebuklus"[43]. Lėktuvai, kurie kuriami ne bandymų ir klaidų pagrindu, o moksliškai tikrinami aerodinaminiame tunelyje, puikiausiai skraido. Kaip rodo šis pavyzdys, mokslo pažanga yra suderinama su žmogaus žinioms būdingu spėjimo bruožu. Net jei vieną dieną teorijos, kuriomis remiasi mūsų supratimas apie skraidymą, bus pakeistos ar išstumtos, pagal tas teorijas sukurti lėktuvai toliau sėkmingai skraidys; nėra jokio pavojaus sugrįžti atgal į brolių Wrightų laikus. Iš šio pavyzdžio[44] matome, kad pakanka apibūdinti žinias terminu „žinoti, kaip", o ne „žinoti ką", ir pamatysime, kaip nuosekliai kaupėsi mokslo žinios. Mūsų branduolinė teorija gali pasirodyti tiek pat nepagrįsta, kaip ir Demokrito. Bet kad mes daug daugiau žinome už Demokritą ar kitus senovės Graikijos mokslininkus, kaip atlikti kai kuriuos dalykus, pavyzdžiui, pagaminti branduolinę bombą, nekelia jokių abejonių. Gamtos dėsniai, kuriais inžinieriai remiasi daiktams konstruoti, yra patikimesni nei mokslinės teorijos, kuriomis siekiama paaiškinti tuos dėsnius.

[41] Gerą šiuolaikinę diskusiją žr. Haim Gaifman, *On Inductive Support and Some Recent Tricks*, 22 *Erkenntnis*, 1985, p. 5.

[42] Gerą diskusiją žr. Arthur Fine, *Unnatural Attitudes: Realist and Instrumentalist Attachments to Science*, 95 *Mind*, 1986, p. 149.

[43] W. V. Quine, *Natural Kinds*, in *Naturalizing Epistemology*, Hilary Kornblith ed. 1985, p. 31, 43.

[44] Kuris paimtas iš Paisley Livingston, *Literary Knowledge: Humanistic Inquiry and the Philosophy of Science*, 1988, p. 74–75.

Daug kam gali kilti noras teigti, kad, nors kiekviena šiandien pripažįstama teisės norma ateityje gali būti pakeista, egzistuojanti normų sistema yra tokia pat konkreti, naudinga ir gerai įtvirtinta kaip ir mokslo žinių visuma. Atskiros teisės dalys, pavyzdžiui, kad nužudymas yra nusikaltimas, dar stipriau įtvirtintos nei kai kurios mokslo dalys. Tačiau daryti tokią išvadą būtų klaida, nes epistemologiniai mokslo pagrindai nebėra tokie tvirti, kaip kažkada atrodė (nors mokslas tampa vis patikimesnių žinių rinkiniu). Net ir silpnesnius epistemologijos pagrindus turinčios sritys, kaip teisė, dažnai sukuria žinias, patikimumu nenusileidžiančias mokslo žinioms. Tačiau teisei nėra prieinami metodai, kuriais sukuriamos, patikrinamos (ar bent jau laikinai remiamos) ir panaudojamos mokslo žinios.

Net jei pragmatiškai užmirštume pagrindus, pripažintume plačiausią įmanomą mokslo apibrėžimą ir sutiktume su Richardu Rorty netaikyti mokslo pavadinimo tikėjimo formavimo metodui tik tuomet, „jei tikėjimui pakeisti naudojama jėga ... [arba] galime išskirti ... sąryšį su mūsų galimybėmis numatyti ir valdyti“[45], neturėtume painioti teisės su mokslu. Numatymas ir valdymas yra būtent tai, ką mums duoda mokslas, o filosofija, politika ir teisė jų neduoda, išskyrus (politikos ir teisės atveju), jei panaudojama prievarta.

Apibendrinant galima pasakyti, jog jei mokslas ir nustato neabejotinų faktų, vis tiek jo metodai ir sritys taip skiriasi nuo teisės, kad mokslo tikslumas negali būti perkeltas į teisės tikslumą. O jei mokslas negali nustatyti tikrų faktų, jis negali būti panaudotas ir kaip teisinio tikrumo pagrindas arba modelis. Bet kokiu atveju pagrindo tikrumui turime ieškoti kitur. Tačiau ar egzistuoja „kitur“? Logikos pozityvistai sakytų „ne“. Jie mano[46], kad prasmingi teiginiai turi būti arba analitiniai kaip logikoje ar matematikoje (teisingi pagal apibrėžimą arba artimi apibrėžimui) arba patikrinami stebėjimo būdu; teiginiai, kurie nėra nei analitiniai, nei patikrinami, yra tiesiog emocionalūs[47]. Šiuo

[45] Rorty, „*Is Natural Science a Natural Kind*“, in *Construction and Constraint: The Shaping of Scientific Rationality*, Ernan McMullin ed. 1988, p. 49, 72. Gali būti sunku suprasti, kaip mes galime „numatyti ir valdyti“ fizinius reiškinius, jei nejaučiame realybės, tačiau šį argumentą „už“ mokslinį realizmą sumenkina faktas, kad daugelis paneigtų teorijų turėjo puikias numatymo savybes, įskaitant ptolemėjišką kosmologiją, kurią ir dabar galima naudoti orientavimuisi pagal žvaigždes.

[46] Tikriausiai turėčiau vartoti būtąjį laiką; filosofai loginį pozityvizmą laiko visiškai diskredituotu. Tačiau diskredituota filosofija sugrįžta (naujausi pavyzdžiai yra socialinis kontraktarianizmas, aristotelizmas ir pragmatizmas, kurie prieš trisdešimt metų buvo laikomi diskredituotais. Bet loginį pozityvizmą motyvavę požiūriai ir toliau liko įtakingi. Ekonomikos metodologija, kaip matysime 12 skyriuje, turi loginio pozityvizmo prieskonį.

[47] Geriausia loginio pozityvizmo įžanga lieka A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, rev. ed. 1946, tačiau geriausias trumpas apibendrinimas turi daugiau kaip du šimtus metų: „Paimkime į ranką bet kokį kiekį, pavyzdžiui, dievybės arba mokyklinės metafizikos ir paklauskime: *ar joje yra nors kiek abstraktaus mąstymo apie kiekį ir skaičių?* Ne. *Ar joje yra bent kiek eksperimentinio mąstymo apie tikrovę ir egzistenciją?* Ne. Meskime ją tuomet į ugnį, nes joje tegali būti sofistika ir iliuzijos.“ David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 3 leid., P. H. Nidditch ed., 1975, § 12, 3 punktas, p. 165. Atminkite, kad loginis pozityvizmas ir teisinis pozityvizmas yra skirtingi dalykai, nors Holmesas dėl vieno pritarė abiem.

požiūriu dauguma teisės teiginių yra arba emocionalūs, arba išvesti iš emocionalių teiginių. Jei ši išvada pasirodytų teisinga, ji paremtų radikalų skepticizmą dėl teisės objektyvumo, bet ji gali būti teisinga tik tuomet, jei tikslus tyrimas būtų vienintelis kelias į tiesą.

Persikelkime į kitą kraštutinumą ir pritarkime vis plačiau plintančiam požiūriui, kad mokslo objektyvumas ir neabejotinumas buvo gerokai išpūsti praėjusių amžių mokslo filosofų – įskaitant pačius logikos pozityvistus, kurių skeptiškas požiūris į nepatikrinamus ir neanalitinius teiginius buvo priešingybė jų pačių aistringam tikėjimui mokslu[48]. Ar tai įrodo *a fortiori* teisės neapibrėžtumą? Nebūtinai. Pastebėję, kad mokslas sėkmingai eina pirmyn, nepaisydamas epistemologijos pagrindų tvirtumo sumažėjimo, galėtume daryti išvadą, kad teisė gali būti sėkminga, nors jos pagrindai taip pat susilpnėję. (Iš tiesų, abiejose srityse pagrindų paieška gali būti klaidingai įsivaizduojama). Tokią galimybę galime pamatyti lygindami indukciją moksle ir teisėje:

> Kartais eksperimentinis stebėjimas ar matavimas pasirodo buvęs neteisingas, todėl įvykių eigos aprašymas taip pat klaidingas. Kartais slaptas kintamasis eksperimento metu daro įtaką kontroliuojamų kintamųjų veiklai, todėl rezultatui daro įtaką ne tik aprašyti kintamieji. Bet kuriuo iš šių dviejų atvejų eksperimento pritaikomumas antrą kartą būtų nepatikimas. Trečiuoju atveju eksperimentas yra pritaikomas patenkinamomis sąlygomis, tačiau hipotezė yra idealizuojama: realus pasaulis gali ją atitikti tik esant neįgyvendinamai *ceteris paribus* sąlygai. Panašiai ir tariamas teisinis precedentas gali būti vertinamas vienu iš trijų analogiškų kelių. Kartais ankstesnė byla gali būti rodoma kaip blogai išspręsta, arba išspręsta pakankamai įgaliojimų neturinčio teisėjo, dėl ko tariamam precedentui trūksta teisinės galios. Kartais ankstesnėje byloje būna aplinkybių, kurios gerokai skiriasi nuo dabartinės bylos, todėl tariamas precedentas yra netinkamas. O kartais išvada gali būti ta, kad įstatymus grindžiantys principai būtų geriausiai atspindėti nustatant naują teisinių vaidmenų ir santykių apimtį, kuri nevisiškai atitiktų panašius precedentus[49].

Analogija – puiki, tačiau galbūt tai yra daugiau nei analogija. Galbūt indukcija yra indukcija, universalus mąstymo būdas, kurio negali išvengti nei teisė, nei mokslas. Tačiau nei faktas, kad teisininkai, kaip ir mokslininkai, naudoja indukciją, nei intriguojantis teiginys, kad mokslininkai, kaip ir teisininkai, naudoja indukciją kūrybiš-

[48] Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, 1983, p. 162–163, pateikia gramatišką pavyzdį apie tai, kaip, žiūrint iš vidaus, fizikai trūksta grynumo ir tikrumo, kuriuos paprasti žmonės jai priskiria. Jis cituoja fiziką, kuris sako, kad „fizika yra kaip gyvenimas: joje nėra tobulybės. Niekuomet nebūna viskas išaiškinta. Visada galima geriau, dar geriau, tik priklauso nuo to, kiek turi laiko ir tikro susidomėjimo ... Teorija nėra teisinga arba klaidinga. Teorija turi tam tikrą socialinę poziciją, kuri keičiasi atsižvelgiant į naujausią informaciją. „Ar Einsteino teorija teisinga?" Galite atlikti apklausą ir pamatysite. Šiuo metu Einsteinas greičiau pripažįstamas. Bet kas žino, ar tai tiesa? Apie tiesą niekas nieko nesakė. Galbūt tiesa yra kitur. Žmogus galvoja: „Na gerai, ši mintis tinka arba netinka prie bendro reliatyvumo".

[49] L.Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analythical Philosophy*, 1986, p. 98.

kai, o ne mechaniškai – t.y. pasverdami „precedentus" kaip pasitvirtinančius pavyzdžius – nepadaro teisės moksliška kokia nors įdomia prasme. Teisei trūksta gilių ir griežtų teorijų, suklastojamų, bet nesuklastotų (taigi, nors šiek tiek palaikomų) kontraintuityvių hipotezių, preciziškų instrumentų, tikslaus žodyno, aiškaus pozityvaus ir normatyvinio tyrimo atskyrimo, duomenų apskaičiavimo, patikimų kontroliuojamų eksperimentų, griežtų statistinių išvadų, naudingų antrinių technologinių produktų, dramatiškų intervencijų su pamatuojamomis pasekmėmis, ir labiausiai iš visų bei apibendrinant išvardytus dalykus – objektyviai patikrintų ir nuolat pakartotinai tikrinamų hipotezių. Teisėje yra mokslinio mąstymo atspaudas arba šešėlis, tačiau paties kūno nėra.

Gali atrodyti, kad ši išvada pernelyg pabrėžia mokslo stebimąjį aspektą. Mokslas yra ne tik tikslus stebėjimas, tačiau taip pat vienybės ieškojimas įvairenybėje (ir jos atradimas, dramatiškiausias Newtono ir Einsteino fizikoje). Taigi mokslas turi ir platoniškąjį, ir aristoteliškąjį aspektus. Teisėje tikrai yra pirmasis. Bet nuo to teisė netampa nei mokslu, nei pusiau mokslu, kaip ir abiem būdinga abstrakcija nepadaro teisės normos mokslo dėsniu. Vienybės įvairenybėje siekimas nėra būdingas vien mokslui. Tai būdinga ir teologijai bei metafizikai, tyrimo būdams, kurie skiriasi nuo mokslinių tuo, kad atmeta savo teorijų tikrinimą empiriniu testu – ir tai sudaro visą skirtumą. Šiuo kritiniu požiūriu teisė yra arčiau teologijos ir metafizikos nei mokslo. Teisininkai ne tik greitai, bet ir nesidrovėdami pabrėžtinai įvertina faktus (pavyzdžiui, 1-osios pataisos nuostatų dėl religijos vaidmens išsaugant religinį pliuralizmą Jungtinėse Valstijose), nesistengdami, nesiekdami ar net nenorėdami tų faktų pateikti empiriniam testavimui.

Jei „mokslą" iš naujo apibrėžtume kaip tiesiog (bet ne trivialią) idėją, praktiką ir sistemingo nešališko tyrimo etiką[50] – iš esmės, pagarbos faktui pozicija – gali atrodyti, kad iškeliame puikiai pasiekiamą ir vertingą idealą teisininkams, teisėjams ir teisės mokslininkams. Tuomet galėtume pradėti aiškiau suvokti, kaip bylos gali tapti mokslinių duomenų atitikmenimis, ir todėl potencialiu pagrindu panašiam į teisinį elgesiui išvesti moksline, o ne teisine „teisė" prasme. Galime atkreipti dėmesį į paraleles tarp mokslininko išvedamų iš teorijos pasekmių ir bandymo atrasti tas pasekmes gamtoje ir teisėjo daromų teisės doktrinos implikacijų palyginimo su socialinėmis realijomis. Žinoma, yra didžiulis atotrūkis tarp mokslo troškimų ir mokslo laimėjimų, bet įdomesnis yra toliau nagrinėjamas dalykas, kad teisėje giliai įsišaknijusi praktika gali padaryti teisės troškimus apskritai nepasiekiamus.

[50] Tipiškai pragmatinė koncepcija. Žr., pavyzdžiui, Rorty, op. cit. 45.

2 SKYRIUS

Teisinis mąstymas kaip praktinis mąstymas

Kas yra praktinis protas?

Tikslaus tyrimo metodu „atsiveria" „praktinio proto" metodai. Deja, šis terminas neturi visuotinai pripažintos prasmės. Dažniausiai jis vartojamas apibūdinti metodams (esminiai terminai čia yra „apgalvojimas" ir „praktinis silogizmas"), kuriuos žmonės panaudoja praktiniam ar etiniam pasirinkimui, kaip antai: pavyzdžiui, ar eiti į teatrą, arba, ar meluoti pažįstamiems[1]. Praktinis protas šiuo atveju yra nukreiptas į veiksmą, priešingai „grynojo proto" metodams, kurių pagalba mes nustatome, ar teiginys teisingas, ar klaidingas, ar argumentas tinkamas, ar ne. Į praktinį protą įeina tikslo numatymas – malonumai, geras gyvenimas ar dar kas nors – ir labiausiai tinkamo būdo jam pasiekti pasirinkimas.

Terminas taip pat vartojamas, pirmiausia akademinių teisininkų, kuriuos aš vadinu „neotradicionalistais" ir aprašau 14 skyriuje, apibūdinti išvadų siekimo metodologijai, kuri remiasi konkrečios tyrimo ar pastangų sferos tradicijomis ir nepasitiki tuo, ką mes paprastai laikome protu, įskaitant tam tikrose tradicionalizmo versijose praktinį protą pirmąja prasme. Abu šie termino vartojimo būdai yra aiškiai aristoteliški. Aš vartosiu terminą trečiąja prasme, kuri pinasi su dviem pirmosiomis ir taip pat yra aristoteliška. Randama daugiausia Aristotelio samprotavimuose apie indukciją, dialektiką ir retoriką, ji apibūdina metodus, kuriais nepatiklūs žmonės susiformuoja įsitikinimus apie dalykus, kurių negalima patikrinti logika ar tiksliu stebėjimu[2].

[1] Įdomias diskusijas žr.*Practical Reasoning*, Joseph Raz ed., 1978; Anthony Kenny, *Will, Freedom and Power*, 1975, 5 sk.; David P. Gauthier, *Practical Reasoning: The Structure and Foundations of Prudential and Moral Arguments and Their Exemplification in Discourse*, 1963; Michael E. Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason*, 1987; M. T. Thornton, *Aristotelian Practical Reason*, 1982, 91 *Mind* 57. Šia prasme Vincentas Velmanas vartoja terminą „praktinis mąstymas" mėgindamas sukurti praktinio proto jurisprudenciją. Žr. *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, 57 University of Colorado Law Review, 1985, p. 45, 87–115. Žr. taip pat John Ladd, *The Place of Practical Reason in Judicial Decision*, in *Nomos VII: Rational Decision*, Carl J. Friedrich ed. 1964; ir žr. 3 išnašą.

[2] Sunku surasti viską apimančią šiuolaikinę diskusiją apie šiuos metodus, tačiau naudingų nuorodų yra Stephen Edelston Toulmin, *The Uses of Argument*, 1958; *Practical Reasoning in Human Affairs: Studies in Honor of Chaim Perelman*, James L. Golden and Joseph J. Pilotta eds., 1986; Ch. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, 1963, 10–13 sk.; H. H. Price, *Belief*, 1969; D. S. Clarke, Jr., *Practical Inferences*, 1985; James L. Kinneavy, *A Theory of Discourse*, 1971, p. 236–255; Ronald Beiner, *Political Judgement*, 1983, p. 72–97; Larry Arnhart, *Aristotle on Political Reasoning: A Commentary on the „Rhetoric"*, 1981, p. 141–162; Stephen N.

Termino pirmoji prasmė, kuri praktinį protą supranta kaip sprendimo „ką daryti" metodologiją, gali atrodyti tinkamesnė tokiai pasaulinei veiklai kaip teisė nei trečioji prasmė. Bet aš kalbu apie teismo sprendimą, ypač apeliacinį sprendimą, kuris yra ne tam tikras veiksmas, bet mąstymo veiksmas. Teisėjas nesprendžia, ką jam daryti gyvenime. Jis sprendžia, ką ginčo šalys turėjo daryti savo gyvenime, o ginčo šalys ir visuomenė reikalauja pateikti argumentus. Bet tai taip pat netiesa: iš tikrųjų teisėjas yra nepatogioje padėtyje, nes turi ir veikti, ir pateikti įtikinamas veikimo priežastis. Jam neleistina „gryno mąstytojo" prabanga, kai išvadas galima atidėlioti tol, kol surandami visi įrodymai.

Mano darbą sunkina ignoravimas esminės literatūros, kuri teisę vertina pirmiausia kaip praktinio mąstymo formą, t. y. vykdytojo požiūriu[3]. Aš pripažįstu, kad tokia prasmė teisei būdinga, bet nesugebu suvokti tos literatūros turinio. Neabejotina, kad teisėjui reikia analitinių metodų, kurie virstų veiksmu. O kas tada? Tada prasideda ieškojimas sprendimų priėmimo šaltinių, kuriuos žmonės paprastai naudoja, kai jiems trūksta laiko arba sugebėjimų neskubotam, nešališkam matematiniam ar moksliniam tyrimui, arba kai jie susiduria su klausimu, kuris nepasiduoda loginiam arba moksliniam tyrimui. Ir tai grąžina mane prie praktinio proto manąja prasme.

Praktinis protas šia prasme nėra vienas analitinis metodas ir net nesusijusių metodų šeima. Jis yra rinkinys, kurį sudaro anekdotai, savistaba, vaizduotė, sveikas protas, empatija, motyvų šešėlis, oratoriaus įtaka, metafora, analogija, precedentas, paprotys, atmintis, „patirtis", intuicija ir indukcija (reguliarumo tikėjimasis, nuostata, susijusi ir su intuicija, ir su analogija). Šiame sąraše kai kas dubliuojasi, todėl tam tikra prasme jis per ilgas. Be to, kai kurios paminėtos sudedamosios dalys yra abejotinos – arba dėl to, kad iškreipia tiesioginį ryšį tarp tikslaus tyrimo ir praktinio proto (pavyzdžiui, indukcijos), arba dėl to, kad jos priklauso atradimų, o ne pateisinimo logikai, kas apriboja jų naudingumą teisėjui. Atskiros dalys priklauso ne tikslaus tyrimo sričiai, o greičiau priartėjimui prie tikslaus tyrimo (žinoma, tai reiškia, kad jos yra netikslios). Daugelis kasdienio gyvenimo, rašytinės kritikos ar teisinės analizės išvadų, kurias padarome praktinio proto pagalba, yra paremtos pirminėmis hipotezių tikrinimo formomis, palyginamomis su moksliniu tyrimu, tačiau tolimomis jam.

Tačiau kita prasme mano sąrašas yra per trumpas. Atskiros jo dalys yra sudedamosios, o ne vienalytės. Paimkime intuiciją. Smegenys kuria mūsų supratimo struk-

Thomas, *Practical Reasoning in Natural Language*, 2 leid., 1981; Larry Wright, *Better reasoning: Techniques for Handling Argument, Evidence, and Abstraction*, 1982. Pagrindiniai Aristotelio šaltiniai yra *Prior analytics*, *Posterior Analytics*, *Topics* ir *Rhetoric*. Ignoruojamas šios srities šedevras yra Kardinolo Njumeno Grammar of Assent. Galiausiai apie dažnus praktinio mąstymo spąstus žr. Richard Nisbett, Lee Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgement*, 1980.

[3] Žr. Steven J. Burton, *Judge Posner's Jurisprudence of Scepticism*, 87 Michigan Law Review, 1988, p. 710, 720–723. Burtonas nurodo literatūrą, kurią paaiškino Robertas Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, 1989, c punktas. Alexy taip pat nagrinėja interpretaciją ir kitus praktinio proto metodus manąja prasme, tačiau jo nagrinėjimas yra per daug abstraktus.

tūrą, todėl, pavyzdžiui, mes suteikiame įvykiams priežastinį ryšį, nors negalime stebėti priežastingumo. Šis indukcijos sugebėjimas, kurį minėjau 1 skyriuje, yra viena intuicijos prasmė. Skirtinga ir labiau paplitusia prasme intuicija yra neapibrėžtas žinojimas, kurį aptariu kitame skyriuje, pavadindamas tai „tyliuoju žinojimu". Galiausiai, ir tai yra įdomiausia, intuicija yra mūsų pamatinių įsitikinimų visuma: tie įsitikinimai yra taip giliai, kad mes net nežinome, kaip jais suabejoti. Tais teiginiais mes negalime netikėti ir todėl jie suteikia prielaidas mąstymui[4].

Koks įvairialypis ir neapibrėžtas jis bebūtų, praktinis protas yra mūsų pagrindinis įrankis, atsakant į sudėtingus ir nesudėtingus klausimus. Galbūt net vienintelis įrankis. Logika beveik visuomet, o mokslinis eksperimentavimas dažniausiai yra pateisinimo, o ne atradimo metodai (matematika yra abiejų metodas). Tačiau, kadangi ši knyga skirta teisėjams prieinamiems pateisinimo metodams nagrinėti, manęs nepatenkina faktas, kad logika ir eksperimentai, taip retai naudojami sudėtingoms byloms spręsti, dažniausiai yra tiesiog pateisinimo, o ne tyrimo metodai. Kaip pamatysime, daugelis praktinio proto metodų geriau tinka išvadoms daryti nei pateisinimams suformuluoti. Jie taip pat „išduoda" teisėją, kai prireikia parašyti nuomonę, paaiškinančią jo sprendimą.

Tiesa, kartais praktinis protas sukuria tokio pat aukšto laipsnio tikrumą kaip ir loginis demonstravimas. Tokiu pavyzdžiu galėtų būti neanalitinis, nepatikrinamas ir nesuklastojamas, tačiau visiškai tikras teiginys, kad joks žmogus nėra vienu kartu suvalgęs suaugusio dramblio[5]. Tokį pavyzdį filosofai mėgsta pateikti, norėdami įrodyti, kad loginis pozityvizmas yra klaidingas, bet sykiu jie parodo, kodėl jis nemiršta. Loginis pozityvizmas gali būti klaidingas, bet jis neišvengiamas, kadangi parodo, nors ir perdėtai, kažką realaus ir svarbaus: tai, kad loginiam demonstravimui arba empiriniam tikrinimui neprieinamose srityse mūsų žinios yra skurdžios ir netvirtos. Nedaugelis teiginių, kuriuos mes norime nustatyti, yra tokie neabejotini, kaip ir tai, kad niekas nesuvalgė dramblio vienu kartu arba kad katės neauga ant medžių. Tai, jog abu šie teiginiai yra teisingi, nors jų neįmanoma patikrinti, žinome tik mokslinių tyrimų dėka, iš kurių galima drąsiai daryti išvadą, kad žemės biologinė įvairovė niekuomet nesudarė sąlygų nė vienai iš šių reiškinių. Be mokslo tai būtų grynai indukciniai teiginiai, dėl kurių jaustume nepatogumą, taip pat kaip varžytumėmės teigti, kad „nė vienas dabartinis žmogus negyveno Newtono laikais"[6], jei neturėtume mokslinių teorijų, paaiškinančių, kodėl žmogaus ląstelės negali atsinaujinti neribotą laiką.

[4] Žr. L. Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy*, 1986, p. 73–117.

[5] Pavyzdys paimtas iš Peter D. Klein, *Certainty: A Refutation of Skepticism*, 1981, p. 122. Žr. taip pat Hilary Putnam, „Philosophers and Human Understanding", in Putnam, *Realism and Reason* (jo *Philosophical Papers* 3 t.), p. 184, 185–186. Putnam pavyzdys yra apie kates, kurios neauga ant medžių; tas pats pavyzdys yra Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, G. E. M. Anscombe and G. H. von Wright eds., 1969, 36e (§282).

[6] Haim Gaifman, „On Inductive Support and Some Recent Tricks", 22 *Erkenntnis* 5, 1985, p. 13.

Štai dar vienas sunkus klausimas praktiniam protui: iš kur žinome, kad objektai nenustoja egzistuoti, kai į juos niekas nežiūri? Vienas atsakymas yra pragmatinis: kam tai rūpi? Koks skirtumas, ar objektas egzistuoja, ar ne, jei niekas į jį nežiūri? Wittgensteino siūlomas atsakymas yra toks: mūsų tikrumas dėl to, kad objektas egzistuoja, net kai niekas į jį nežiūri, yra didesnis nei bet koks pagrindas, kurį būtų galima sugalvoti šiam tikėjimui pagrįsti[7]. Kitaip tariant, jei kas nors abejoja išorinio pasaulio egzistavimu, mums su juo ne pakeliui. Ne taip mandagiai – tas asmuo kvaištelėjęs. Išorinio pasaulio prielaida yra konstitutyvi racionalumo dalis, panašiai kaip ir mokslinė indukcija, kurios teisingumo taip pat negalima pademonstruoti. Tarkime, kad žmogus „grindė svarbiausius savo sprendimus ateities vizijomis, kurias matė miegodamas. Po to jis visą laiką klydo. Kai mes mėginame jam tai išaiškinti, jis atsako, jog jam tai nė motais, nes jis ką tik matė viziją, kurioje buvo patikintas visų jo ateities vizijų tikslumu. Ar šio pagrindo nepakanka, kad laikytume jį neracionaliu?"[8]

Bertrand'as Russellas visgi mėgino pagrįsti (nors praktiškai) išvadą, kad nestebimi objektai egzistuoja:

> Nesunku pamatyti būdą, kaip atsiranda paprastumas iš prielaidos, jog fiziniai objektai tikrai egzistuoja. Jei katė vienu momentu pasirodo vienoje kambario dalyje, o kitu momentu – kitoje, savaime suprantama, kad ji perėjo iš vienos į kitą, sykiu pabūdama daugybėje tarpinių pozicijų. Tačiau jei ji tėra jutimo duomenų rinkinys, ji negalėjo būti jokioje kitoje vietoje, kur aš jos nemačiau. Todėl turėsime daryti išvadą, kad ji išvis neegzistavo, kol į ją nežiūrėjau, ir tik staiga atsirado, kai pažvelgiau. Jei katė egzistuoja neatsižvelgiant į tai, ar aš žiūriu, ar ne, galime iš savo patirties suprasti, kaip ji išalksta nuo vieno ėdimo iki kito. Bet jei ji neegzistuoja man nežiūrint, tai kodėl jos apetitas turėtų augti lygiai taip pat, kaip ir egzistencijos metu? Ir jei katė tėra jutimo duomenų rinkinys, ji negali išalkti, nes tik mano paties alkis gali būti man jutimo rodmuo. Taigi jutimo duomenų, kurie man reiškia katę, elgesys, nors jų alkio išraiška man atrodo visiškai suprantama, tampa absoliučiai nepaaiškinama kaip spalvos dėmių judėjimas ir kitimas, nes pastarosios negali išalkti lygiai taip pat, kaip trikampis negali žaisti futbolo[9].

Russello argumentas buvo įtikinamesnis iki tol, kol atsirado kinas ir buvo išvystyta kvantų teorija. Jis remiasi paprastumo kriterijumi, kurio santykis su tiesa nėra aiškus.

Štai dar vienas sudėtingas klausimas, prie kurio mes dar sugrįšime 5 skyriuje, į kurį gali atsakyti tik praktinis protas, tačiau ir vėl ne itin tiksliai. Iš kur mes žinome,

[7] Žr. Wittgenstein, op. cit. 5, 17e (§111); Alain R. White, „Common Sense: Moore and Wittgenstein", 40 *Revue internationale de philosophie*, 1986, p. 313; R. W. Newell, Objectivity, Empiricism and Truth, 1986, 4 sk. Jei (tai yra svarbiausias *On Certainty* pavyzdys) paklaustumėte, ar aš turiu dešinę ranką, man nereikėtų, išskyrus ypatingomis aplinkybėmis, pavyzdžiui, po avarijos pasižiūrėti į ją, kad įsitikinčiau.

[8] Brian Skyrms, *Choise and Chance: An Introduction to Inductive Logic*, 1966, p. 44.

[9] *The Problems of Philosophy*, 1912, p. 23

kad egzistuoja kiti protai, jei niekada negalime analizuoti kito asmens proto, o tik jo žodžius, veiksmus, smegenų veiklą ir kitus fizinius reiškinius? Mes naudojame savistabos, stebėjimo ir indukcijos kombinaciją. Mes žinome (nesvarbu kaip), kad patys turime protą, kuris leidžia daryti tokius dalykus kaip planuoti ir nuslėpti, ir pastebime, kad kiti žmonės daro lygiai tą patį. O kadangi kiti žmonės yra bent jau kažkiek į mus panašūs kitais požymiais, tai tenka daryti išvadą, jog jie turi ir atitinkamą proto mechanizmą. Tačiau šis tyrimo metodas negali atskleisti, ar gyvūnai, iš kurių kai kurie taip pat planuoja ir nuslepia, tačiau labiau rudimentiniu ir nuspėjamu būdu nei mes, ir kurie negali kalbėti, turi protą, arba ar tik ką gimęs kūdikis turi protą. Proto koncepcijoje yra neaiškumų. Kai mes sakome, kad kitas žmogus turi proto, nežinia, kokia dalimi mes stengiamės apibūdinti daiktą, ir kokia dalimi mes tik pavartojame trumpą frazę, parodančią mūsų pačių ir kitų asmenų motyvų nežinojimą.

Praktinis protas gali užtikrintai atsakyti į teisei ypač svarbius etikos klausimus. Tai, kad blogai žudyti žmones tiesiog sportui, yra beveik taip pat tikra, kaip kad katės neauga ant medžių. Žinoma, po šimto metų ši etinė aksioma (kuri gali taip pat priklausyti nuo žmogaus buvimo „socialiniu gyvūnu", o ši sąlyga gali ir pasikeisti) gali būti paneigta; tačiau po šimto metų gali būti įmanoma auginti kates ant medžių[10]. Praktinis protas gali sukurti atsitiktinį etinį tikrumą; logika ir mokslas negali. Šis dalykas yra praleistas įtakinguose skeptiškuose Arthuro Leffo darbuose apie teisę. Siekdamas parodyti normatyvinio diskurso teisėje beprasmiškumą, Leffas tvirtina, kad pasaulietiniame amžiuje neįmanoma įtvirtinti net elementariausių moralinių teiginių: „Šiandien nėra jokių priemonių įrodyti, kad sprogdinti kūdikius yra blogai, išskyrus kartojant tai (vis garsiau ir garsiau), arba apibrėžiant tai kaip blogį"[11]. Pavyzdys yra šlykštus ir neišsamus. Kūdikių žudymo moralumas gali priklausyti nuo to, ar tai yra neišvengiamas atsitikimas teisingame kare, nesunkiai išvengiamas atsitikimas tokiame kare ar tyčinis terorizmo aktas neteisingame kare[12]. Tačiau palikime visa tai: svarbiausias dalykas yra Leffo žinių prigimties išmanymas. Pateiktoje citatoje teigiama, kad mes žinome tik tai, kas yra įrodyta. Jei įrodinėjama dedukcijos metodu, išvada bus teisinga tuomet (išskyrus atsitiktinumą), jei bus teisingos prielaidos ir tinkamai panaudota dedukcija. Prielaidos yra ne įrodinėjimo rezultatas, o pradžia. Jei prielaidos yra kito įrodymo išvada, tai tiesiog tiesos paiešką grąžina vienu žingsniu atgal. Pirminė prielaida turėtų būti greičiau intuicija – tai, kuo mes negalime netikėti – nei ankstesnio įrodymo išvada. Jei įrodinėjama indukcijos, o ne dedukcijos metodu, ir jei jūs tikite indukciniais įrodymais, išvados teisingumas priklausys nuo pastebėjimų skai-

[10] Ar tuomet mes vis dar jas vadinsime katėmis? Manau, kad taip; mėgintuvėlių kūdikiai visgi yra žmonės. Tačiau yra esminis klausimas, kiek ir kokie pasikeitimai dera su identiteto tęstinumu, yra prasmingas.

[11] Arthur Allen Leff, „Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism", 60 *Virginia Law Review*, 1974, p. 451, 454. Žr. taip pat Leff, „Unspeakable Ethics, Unnatural Law", *Duke Law Journal*, 1979, p. 1229.

[12] Lefas, be jokios abejonės, turėjo omenyje Vietnamo karą ir laikė jį neteisingu.

čiaus ir tikslumo bei nuo mokslinės indukcijos principų, taigi visų pirma nuo mūsų intuicijos apie supratimą, priežastingumą ir reguliarumą. Todėl mūsų patikimiausios žinios yra intuityvios, nes intuicija yra bet kokio įrodymo ir mąstymo pagrindas, ir kadangi visada galima suklysti įrodinėjimo procese (pavyzdžiui, praleidžiant prielaidas). Taigi faktas, jog negalime įrodyti kūdikių sprogdinimo blogumo, nereiškia, kad mes nežinome, jog tai yra blogai. Mūsų nujautimas, kad betikslis žudymas yra blogas dalykas, yra toks pat stiprus kaip daugelis nujautimų, kuriais pagrįstas mūsų žinojimas apie empirinį pasaulį, ir stipresnis nei daugelis įrodymų išvadų. Sunkumai kyla tik tuomet, kai skirtingi žmonės turi skirtingą ir nesuderinamą moralinę intuiciją tuo pačiu klausimu. Ši problema, kurią temdo daugelio moralinių teiginių tautologinis pobūdis (mes žinome, kad žmogžudystė yra neteisinga, nes žodis „žmogžudystė" reiškia tyčinį ir nepateisinamą žudymą), yra rimta, bet neturi nieko bendra su klaidinga idėja, kad žinios apsiriboja tuo, ką galima įrodyti.

Pamėginsiu pakeisti Leffo pavyzdį. Jūs ir aš važiuojame: jūs – vairuotojas, aš – keleivis. Vidury kelio išdygsta vaikas, jūs pasisukate į mane ir klausiate: „Ar bandyti nesuvažinėti vaiko?" Toks klausimas liudytų, kad jūs beprotis, lygiai taip pat, jei pradėtumėte aiškinti, jog praeitą naktį diskutavote apie šią knygą su Platonu. Taigi tam tikru lygiu yra epistemologinė lygybė tarp mokslo ir moralės. Žinoma, tai negali būti įdomus lygis.

Jei praktinis protas ne visuomet, bet kartais gali duoti žinių apie metafizinius, mokslinius ir etinius dalykus, kodėl jis negalėtų duoti žinių apie teisę? Tada vien tai, kad teisėjai retai naudoja tikslaus tyrimo metodus, nereikštų, kad daugelis teismų sprendimų yra tyčiniai ar savavališki ta prasme, kad nulemti teisėjo asmenybės arba temperamento, priklausymo klasei („politikos") arba išmestos monetos[13]. Argumentas, kad daugelis teismų sprendimų yra būtent tokio pobūdžio, nėra tvirtas[14]. Silpna ne tik jo teorinė bazė (lefistinis skepticizmas), bet ir empirinis pagrindimas. Jis yra labai priklausomas nuo įspūdžio apie nesuvaldomą neapibrėžtumą, kuris yra tendencingo pavyzdžių pateikimo rezultatas. Teismams spręsti pateiktų bylų pavyzdžiai bus nukreipti neapibrėžtumo kryptimi, kadangi tais atvejais, kai bylos baigtis yra aiški, šalys paprastai susitaria iki teismo. Net ir esant tendencingiems pavyzdžiams ne visos bylos bus neapibrėžtos. Daugelyje bylų nepamatuotai ginčijamasi ne dėl to, kad

[13] Atkreipkite dėmesį į tai, kad visiems, kurie tikėjo teismų sprendimų priėmimo neapibrėžtumu, gali atrodyti pernelyg iškreipta nuostata, kad teisėjai turi taikyti sankcijas (ką jie paprastai daro) už tuščių bylų pateikimą. Žr. Sanford Levinson, „*Frivolous Cases: Do Lawyers Really Know Anything at All?*", 24 Osgoode Hall Law Journal, 1986, p. 353.

[14] Kaip nurodė John Stick, „*Can Nihilism Be Pragmatic?*", 100 Harward Law Review, 1986, p. 332; Lawrence B. Solum, „*On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*", 54 University of Chicago Law Review, 1987, p. 462; Joan C. Williams, „*Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells*", 62 New York University Law Review, 1987, p. 429, 471–495; Brian Langille, „*Revolution without Foundation: The Grammar of Scepticism and Law*", 33 McGill Law Journal, 1988, p. 451; Ken Kress, „*Legal Indeterminacy*", 77 California Law Review, 1989, p. 283.

byla sudėtinga, o dėl šalių ar jų advokatų neišmanymo ar užsispyrimo, arba dėl aštrumo, kuris kyla iš pagrindinio ginčo arba paties bylinėjimosi. Kai byla yra nesudėtinga, teisėjai dažniausiai išsprendžia ją be žiniasklaidos dėmesio, tuo tarpu nuskambėjusiose apeliacinėse bylose ryškiai dominuoja sudėtingi atvejai. Ir tai visų pirma taikytina Aukščiausiojo Teismo sprendimams, kurie užima praktiškai visą akademinių teisininkų dėmesio lauką ir beveik nepalieka vietos kitų teismų sprendimams. Visgi, nors ir ne visos, daugelis bylų yra sudėtingos. Kai kurias iš jų galima išspręsti logika, mokslu ir praktiniu protu, tačiau lieka nemaža dalis, bene labiausiai rūpinti mūsų profesijai, kuri neprieinama logikai ir mokslui ir į kurią praktinis protas sulaužys savo ne per stiprią „ietį". Be to, sudėtingai bylai išspręsti reikalingi praktinio proto metodai negali būti teisinio mąstymo metodai skiriamąja prasme.

Teisė naudoja daug praktinio proto metodų. Šiame skyriuje nagrinėjami du iš jų, kurie sulaukė daugiausia dėmesio: pasitikėjimas autoritetu ir analoginis mąstymas. Abiejuose esminį vaidmenį vaidina precedentas. Pateiksiu du pagrindinius argumentus. Pirma, autoritetas teisėje vaidina kitokį vaidmenį nei moksle, nes teisėje jis iš esmės yra politinis, o moksle – episteminis. Iš tikrųjų didelis, tačiau reikalingas teisės pasikliovimas autoritetu stabdo mokslinio etoso atsiradimą teisėje. Antra, analoginis mąstymas nėra skiriamasis teisinis mąstymo metodas ir jo dėka sprendimo pagrindimas gali apsiriboti visa prieinama informacija, įskaitant ankstesniuose sprendimuose esančią informaciją.

Autoritetas

Amžiuje, priešiškame ne tik mokslui, bet ir bet kokiai autoriteto formai, yra lengva pamiršti, kad daugelis mūsų įsitikinimų, įskaitant mokslinius, yra dažniau pagrįsti autoritetu nei tyrinėjimu[15]. Pavyzdžiu gali būti teiginys (grubiai tariant), kad Žemė sukasi apie Saulę. Nei patikrinama stebėjimu, nei lengvai išvedama (priešingai Žemės apvalumui), ši teorija tiesiog geriausiai surikiuoja turimas žinias. Nedaugelis iš mūsų yra matę pirminius duomenis apie tai arba galėtų paaiškinti jų ryšį su teorija. Sveikas protas ir intuicija palaiko diskredituotą geocentrinę teoriją. Mes tikime heliocentrine teorija tik todėl, kad mokslininkai vieningai ja tiki ir kad mes esame išmokyti pasikliauti mokslininkų konsensusu mokslo reikaluose (išskyrus, jei jie prieštarauja mūsų religiniams įsitikinimams), vienas iš kurių ir yra Žemės sukimasis. Žinoma, toks pasikliovimas dažniausiai yra labai jautri politika; jis turi lemiamą reikšmę. Tai nėra vien aklas paklusnumas, ypač dėl to, kad tai, ką pripažinti mokslo dalykais, sprendžia ir mokslo, ir nemokslo visuomenė.

[15] Gerą diskusiją žr. Richard T. De George, *The Nature and Limits of Authority*, 1985, 3 sk.; W. V. Quine, J. S. Ullian, The Web of Belief, 2nd ed. 1978, p. 54–63; Price, op. cit. 2, lecture 5; Putnam, op. cit. 5, p. 186; C. A. J. Coady, „Testimony and Observation", 10 American Philosophical Quarterly, 1973, p. 149. Apie diskusijas dėl autoriteto teisėje žr. 35 išnašą.

„Autoritetas" teisėje reiškia kai ką kita. Teisiniai sprendimai yra autoritetingi ne tada, kai dėl jų sutaria teisininkų dauguma, o tada, kai juos išleidžia aukščiausioji teismo instancija. Vienintelė paralelė tarp šios rūšies politinio autoriteto ir intelektinio autoriteto, kuriuo paprasti žmonės pasikliauja formuodami savo pažiūras, yra ta, kad aukščiausioje instancijoje priimti teismų sprendimai tikriausiai yra teisingesni nei žemesnėse grandyse. Aukštesniųjų grandžių teisėjai yra atidžiau parenkami (paprastai, bet ne visuomet, žinoma), jų pasaulėžiūra platesnė ir jie gali pasinaudoti žemesniųjų teisėjų mintimis apie bylą bei papildomais advokatų argumentais ir mintimis. Tačiau didesnio teisingumo prezumpcija yra silpna. Ir net jei visi aukštesnieji ir žemesnieji teisėjai prieina prie bendros nuomonės, jų sprendimai turi mažiau vidinio įtikinamumo nei mokslinė išvada, nes teisėjų naudojami tyrimo metodai yra daug silpnesni už mokslininkų metodus. (Ar kas nors abejoja, kaip kažkada pastebėjo teisėjas Robertas Jacksonas, kad nemažai Aukščiausiojo Teismo sprendimų būtų pakeisti, jei egzistuotų dar aukštesnis už Aukščiausiąjį teismas?[16]). Štai kodėl teisininkų profesijoje šnairomis žiūrima į teisėją, kuris turi artimų asmeninių ryšių su aukštesniojo teismo nariais ir tikisi, kad geresnis pastarųjų požiūrio ir vertinimų supratimas leis tiksliau numatyti jų sprendimus. Visuomenė taip nepasitiki aukštesniųjų teisėjų išmintimi, kad siūlytų žemesniesiems teisėjams išsižadėti nepriklausomų sprendimų.

Kita priežastis, kodėl nereikėtų pernelyg sureikšminti teisėjų vienbalsiškumo (net ir Aukščiausiajame Teisme)[17], yra ta, kad tik keletas teisėjų surašys ar pareikš atskirąją nuomonę kiekvienoje byloje, kurioje jie nesutinka su daugumos nuomone. Kartais neapibrėžtoje, tačiau ideologiškai neperkrautoje byloje daugelis teismo narių neturės tvirto įsitikinimo, kaip byla turėtų būti išspręsta, ir pasitikės kolegos įsitikinimais, nors nebūtinai jiems pritars. Pagaliau, nors apeliaciniuose teismuose dėl balsavimo deramasi labai retai, teisėjai imasi pastangų tarpusavio nesutarimams sumažinti ir tam tikromis aplinkybėmis sutiks su tvirtą nuomonę turinčiu kolega, nors iš pradžių būtų linkę jam prieštarauti[18]. Tai ypač būdinga frakcijų turinčiame teisme.

Atrodo, kad bendrai sutariama, nors ir ne visoje teisininkų bendruomenėje, kad sprendimas, atitinkantis neseniai priimtą aukštesnės instancijos teismo sprendimą, yra „teisingas", kadangi juo pripažįstamas autoritetas. Tačiau toks sutarimas yra silpnas. Advokatas, pralaimėjęs bylą Aukščiausiajame Teisme, arba teisėjas, kurio sprendimą teismas pakeitė, arba teisės profesorius, komentuojantis tokį sprendimą, neskleidžia nesąmonių ir nepažeidžia profesinio etiketo, jei sprendimą pavadina klaidingu. Mūsų teisinė kalba nėra tokia pozityvi, kad draustų apeliuoti į „aukštesnę teisę", net jei

[16] *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (atskiroji nuomonė).

[17] Statistiką apie kiekį žr. Frank H. Easterbrook, „*Agreement among the Justices: An Empirical Note*", 1984 *Supreme Court Review* 389.

[18] Empirinį tyrimą, kiek fiksuojamos atskirosios nuomonės sumažina nesutarimus tarp teisėjų, žr. Justin J. Green, „*Parameters of Dissensus in Shifting Small Groups*", in *Judicial Conflict and Consensus: Behavioral Studies of American Appelate Courts*, Sheldon Goldmans and Charles M. Lamb eds., 1986, p. 139.

savo žodį jau tarė ir teisės orakulai. Apeliacija neprivalo būti paremta tokiais terminais. Net jei pripažįstama, kad paskutinis sprendimas „visomis keturiomis" sutinka su ankstesniais, visada galima teigti, kad jis klaidingas, nes klaidingi ir visi ankstesnieji. (Nors kita ir taip pat teisinga prasme teisėjai yra teisūs, laikydamiesi precedento.) Gana daug priimtų teismo sprendimų yra silpnai pagrįsti ta prasme, kad jie remiasi ginčytinais precedentais. Iš tiesų bendras formalistinės kalbos simptomas yra traktuoti sprendimą kaip priežastį, o ne šaltinį nuostatos, kuriai pagrįsti ir cituojamas sprendimas. Lyg tas sprendimas būtų Euklido teorema arba mokslinio eksperimento išvada, bet ne politinis aktas.

Common law šeimoje į akis krenta „supančiotų rankų" problema. Sprendimas gali būti autoritetingas ankstesnio sprendimo dėka, kuris autoritetingas dar ankstesnio sprendimo dėka, ir taip toliau, kol pasieksime pirmąjį sprendimą precedentų grandinėje – ir kas tuomet? Tas sprendimas jau nebegalės būti pagrįstas precedento privalomumu. Jis yra politikos arba politinis sprendimas, nors ir nebūtinai fanatiškas politinis sprendimas.

Precedento politinį pagrindą svarbu pabrėžti tam, kad mums nekiltų noras ieškoti analogijos tarp sprendimo pagal precedentą ir konservatoriškos episteminės procedūros, kuri yra apibendrinta Quine'o (o prieš jį – Williamo Jameso) įsitikimų raizgalynės sąvokoje. Kai logikoje, matematikoje ar moksle padaromas atradimas, kurį mes pripažįstame, mes neišmetame iš galvos visų ankstesnių įsitikinimų, nepaisant jų įvairovės; atvirkščiai, mes stengiamės įterpti naująjį atradimą į egzistuojančią įsitikinimų sistemą taip, kad jis sukeltų kuo mažiau sumaišties. Mes mėginame, ir tai yra efektyvi procedūra, pritaikyti naująjį atradimą, išplėsdami savo episteminės sistemos periferiją, o ne pakeisdami šerdį. (Pavyzdys yra nepažodinis Sukūrimo interpretavimas). Dirbtinai panašia prasme teisė stengiasi pritaikyti doktriną prie pasikeitusių sąlygų su kaip galima mažesnėmis pataisomis; tai yra vienas iš būdų apibrėžti *stare decisis*, precedento bendro laikymosi politiką. Šis palyginimas rodo, kad pakankamu abstrakcijos lygiu tarp mokslo ir teisės yra nemažai analogijų (ir abstrakcija yra viena iš jų, kaip minėjau ankstesniame skyriuje). Darbe pasitaiko kelios analogijos. Teisė laikosi senų tiesų ne dėl to, kad efektyvi episteminė strategija turi užleisti vietą patikrinto tikrumo srityse, tačiau dėl to, kad teisinių pareigų stabilumas yra svarbus socialinei politikai. Teisinis pagrindas nėra moksliniais metodais arba tvirtu sveiku protu patvirtinta principų visuma. Tai yra politinių sprendimų rinkinys, ir kai kurie iš tų sprendimų priimti labai seniai. *Marbury v. Madison*, arba *Erie R. R. v. Tompkins*, arba „teisės į asmeninį gyvenimą" sprendimų, kuriais rėmėsi prie bendros nuomonės nepriėjusios instancijos *Bowers v. Hardwick* byloje, atsisakymas nesukeltų tokios episteminės griūties kaip paneigimas, kad 2 + 2 = 4 arba kad visi žmonės mirtingi.

Autoritetas intelekto dalykuose geriausiai suprantamas kaip transmisijos diržas, kuris perneša mokslinio ar kitokio intelektinio atradimo naujienas asmenims, neturintiems laiko ar pasirengimo patiems patikrinti tuos atradimus, ir kuris patvirtina atradimų autentiškumą. Teisėje autoritetas yra visai kas kita. Teismų sprendimai turi autoritetą todėl, kad juos išleidžia politiškai įgaliotas šaltinis, o ne todėl, kad individai,

kuriems visuomenė suteikė visišką episteminį pasitikėjimą, susitarė tai laikyti teisingu sprendimu. Teismo valdžios ištaigingumas – mantija, orumas, iškilminga kalbėsena ir taip toliau – yra šios valdžios politinės prigimties rodiklis. Kitas rodiklis yra pati precedento doktrina, kuri tam tikra prasme yra atsisakymas taisyti klaidas – moksliniame tyrinėjime tokia pozicija būtų pripažinta keista.

Teisės sistemos hierarchinė struktūra ir *stare decisis* doktrinoje įtvirtintas stabilumo siekis gali „pastūmėti" teisę į priekį daugybe prasmių, nes teismo sprendimus paverčia labiau priimtinais plačiajai visuomenei ir sumažina netikrumą. Tačiau jie trukdo tiesos siekimui. Moksline prasme pagrindimas apima iššūkių pasitikimą ir nugalėjimą[19]. Įsitikinimai, kuriems netenka jokių iššūkių, greičiausiai yra silpnai pagrįsti, ypač jei iššūkių yra aktyviai vengiama. Mąstymo sistemos, kurios pabrėžia hierarchiją, tradiciją, autoritetą ir precedentą, nuvertina kritinį tyrinėjimą, išbandantį egzistuojančius įsitikinimus ir plečiantį žinias. Paprastai tokiose sistemose pripažįstamos tiesos nėra tvirtos. Tai ypač taikytina religijai, kurioje laisvo tyrinėjimo kaštai yra labai aukšti[20]. Tai taip pat tinka teisei ir todėl tai yra viena iš priežasčių, kodėl mokslinis požiūris teisiniuose reikaluose nepageidaujamas.

Grubiai tariant, teisės *ultima ratio* yra prievarta – būtent tai, ką atmeta netgi patys pakančiausi protingumo apibrėžimai. Protingumas „paprasčiausiai yra metodas būti atviram ir smalsiam, ir remtis daugiau įtikinėjimu, o ne prievarta"[21]. Teisė nebūtinai yra „atvira ir smalsi" ir ji remiasi tiek prievarta, tiek įtikinėjimu. Jei paklaustumėte, iš kur mes žinome, kad Veneros gravitacijos jėga veikia Marsą, jums būtų atsakyta, kad žmonės tai studijuojantys sutaria, kad būtent taip yra. Jei paklaustumėte, iš kur žinome, kad 14-oji pataisa neleidžia valstijoms uždrausti kai kurių abortų, atsakymas būtų, kad žmonės, turintys politinę galią spręsti šį klausimą, t. y. Aukščiausiasis Teismas, taip nusprendė balsų dauguma.

Abortų pavyzdys reikalauja nušviesti dar vieną svarbų skirtumą tarp autoriteto moksle ir autoriteto teisėje. Paprastai kuo daugiau mokslininkų, vadovėlių ir kt. patvirtina mokslinį teiginį, tuo tvirčiau mes jį pripažįstame. Tačiau kuo daugiau bylų

[19] Žr. Pavyzdžiui, Carl Wellman, *Challenge and Response: Justification in Ethics*, 1971, p. 128, 167. Johno Dewey žodžiais, „kiekvieną akimirką, nuo eilinės abejonės iki sudėtingo mokslinio darbo, žinojimo menas kritikuoja įsitikinimus, kurie priimami „už gryną pinigą", tam, kad jie būtų persvarstyti. Jis sustoja tik tuomet, kai laisvesni, turtingesni ir patikimesni įsitikinimų objektai staiga pripažįstami visuotinai ... Pradedant nuo matomo ir abejotino ir baigiant patikrintu ir įrodytu, galutinis pažinimo aktas yra priėmimas ir intelektinis įvertinimas to, kas iš tikrųjų turi sprendžiamąją vertę". Experience and Nature, 1929, p. 428–429. Žinoma, tai yra idealizuotas mokslo vaizdavimas; realiame moksle yra pavyzdžių, kai apeliuojama į autoritetą panašia prasme kaip teisėje. Žr. David L. Hull, *Science as a Process: An Evolutionary Account of the Social and Conceptual Development of Science*, 1988, p. 374.

[20] Žr., pavyzdžiui, Douglas Laycock, Susan E. Waelbroeck, „*Academic Freedom and the Free Exercise of Religion*", 66 *Texas Law Review*, 1988, p. 1455, 1456–1458, kur diskutuojama, kiek optimaliai akademinės laisvės reikia katalikų bažnyčiai.

[21] Richard Rorty, „*Is Natural Science a Natural Kind?*" in *Construction and Constraint: The Shaping of Scientific Rationality*, Ernan McMullin ed. 1988, p. 49, 71.

patvirtina tą patį teiginį, tuo tas teiginys gali būti silpnesnis. Prisiminkite, kad žmonės nelinkę lįsti į teisminius ginčus, jei teismo sprendimas yra aiškus. Jei tas pats klausimas vis iš naujo patenka į teismą, tai reiškia, kad ginčo šalys nėra įsitikinę, kad teismas laikysis ankstesnės pozicijos, arba jos netiki, kad teismas galėjo turėti omenyje būtent tai, ką išdėstė sprendime, arba jos mano, kad teismui galima padaryti spaudimą. Ankstesnės pozicijos pakartojimas kelintą sykį gali rodyti pozicijos tvirtumą, tačiau taip pat gali būti ir preliudija į pozicijos pakeitimą.

Būtina pridėti, kad yra daugybė teismų sprendimų, taip pat teisinių teiginių, nereikalaujančių teismo patvirtinimo, kurių teisingumu neabejoja nei teisėjai, nei kiti teisininkai. Plačioji visuomenė turi teisę pripažinti tų sprendimų ir teiginių autoritetą panašia prasme kaip ir mokslininkų konsensuso autoritetą. Tačiau taip pat yra daugybė klausimų, dėl kurių mokslininkai nesutaria, nors iš to ir nereikėtų daryti didelių išvadų. Mokslininkų dispozicijoje yra procedūrų, kurios leidžia su dideliu patikimumu atsakyti į klausimą ir pereiti prie kito ir daug sudėtingesnio. Todėl tuo metu, kai mokslo bendruomenė ginčijasi, mokslo žinios nuolatos kaupiasi. Teisėje taip nėra. Pavyzdžiui, mes nemanome, kad, nors ir sudėtingas yra klausimas, ar Konstitucija turėtų ir kiek turėtų ginti seksualinę laisvę, teisininkų bendruomenė kada nors į jį atsakys ir pereis prie kitų klausimų. Tas klausimas gali tapti nebeaktualus, tačiau ne dėl to, kad atsakymas į jį patenkino visus suinteresuotus asmenis. Tai ne klausimas, o gili socialinė problema. Mes susidorojame, valdome ir įveikiame, bet retai kada išsprendžiame tokias problemas. Šis baigtumo, konvergencijos[22] ir progresyvumo trūkumas – ryškus teisinio ginčo nepabaigiamumas – teisės neapibrėžtumo problemą paverčia visai kitokia, palyginti su moksliniu ar matematiniu neapibrėžtumu. Kitas skirtumas yra tas, kad mokslo bendruomenė dažniausiai pati pasirenka savo tyrinėjimų sritį; jos niekas neverčia trankyti galvą į sieną[23]. Teisėjai sprendžia visuomenės jiems iškeltus klausimus, kokie nesuvaldomi tie klausimai bebūtų. Kartais teisėjai atsisako spręsti, ypač „politinių elementų" turinčiose bylose. Tačiau tai yra meniškas terminas (vis rečiau vartojamas); daugelis įprastai nagrinėjamų teisinių ginčų yra politiniai iki pat šaknų. Formalistai siekia apriboti nagrinėtinų klausimų sferą, o prudencialistai, kaip, pvz., Alexanderis Bickelis, nori, kad teismai kaip galima ilgiau atidėliotų savo kišimąsi į labai politizuotus klausimus. 1 skyriuje paminėjau, kad *Bowers v. Hardwick* būtų buvusi puiki proga išvengti aštrių klausimų atsargumo sumetimais. Tačiau teisėjai šiais laikais retai pasinaudoja tokiais patarimais ir bet kuriuo atveju jie neišvengia politikos, kai būna priversti nuleisti ginklus dėl politinių mo-

[22] Teiginys dėl mokslo „konvergencijos" „tiesos" klausimu, kaip ir kitos mokslinio realizmo versijos, yra prieštaringas. Žr., pavyzdžiui, Ian Hacking, *Representing and Intervening: Introductory Topics in the Philosophy of Natural Science*, 1983, p. 55–57. Jis nėra esminis mano argumentacijoje.

[23] Žr. Richard W. Miller, Fact and Method: Explanation, Confirmation and Reality in the Natural and the Social Sciences, 1987, p. 133–134. Žinoma, socialiniai ir politiniai faktoriai vaidina tam tikrą vaidmenį pasirenkant mokslinius tyrinėjimus, tačiau tik totalitarinėse visuomenėse mokslininkai yra priversti tyrinėti tai, kas moksliškai neprasminga.

tyvų[24], lygiai kaip politika neišvengiama tada, kai sukurti taisyklei, kuri vėliau gali būti naudojama dedukciškai ir mechaniškai, pasinaudojama politiniu mąstymu.

Todėl aš abejoju Davido Brinko teiginiu, kad pavyzdį apie mokslą galime panaudoti tam, kad pademonstruotume, jog teisės normų pakeitimai yra suderinami su teisės apibrėžtumu[25]. Tačiau tas teiginys yra paremtas pakankamai pagrįsta kritika standartinio filosofinio reikšmės vertinimo atžvilgiu. Tame vertinime žodžiui reikšmę suteikia jo apibrėžimas (paprastai su tuo žodžiu siejamos identifikuojančios savybės), o pati žodžio reikšmė savo ruožtu nulemia žodžio (juo pavadintų daiktų) potekstę arba referenciją. Standartinis vertinimas reiškia, kad dabartiniai mokslininkai apie atomą žino nė kiek ne daugiau negu Demokritas, nes jie kitaip apibrėžia žodį, ir todėl pastarasis turi kitą potekstę. Šis teiginys nėra įtikinantis; tai, kas yra „už žodžio", taip pat turi įtakos žodžio reikšmei[26]. Todėl, tikina Brinkas, mūsų neturėtų trikdyti faktas, kad žodžiai „žiauri ir neįprasta bausmė" reiškė ką kita 8-osios pataisos autoriams negu dabar reiškia mums; paprasčiausiai mes žinome daugiau apie žiaurias ir neįprastas bausmes nei žinojo jie. Atrodo pagrįsta ir aišku, bent jau mokslinio realizmo atstovams, kad pasaulyje yra objektų, kuriuos norėjo suvokti Demokritas ir kuriuos daug geriau suvokia šiuolaikiniai mokslininkai. Tačiau nėra aišku, kodėl mūsų socialiniame pasaulyje yra objektų ir dalykų, kaip žiaurios ir neįprastos bausmės, kuriuos stengėsi suvokti 8-osios pataisos autoriai ir kuriuos stengiasi suvokti dabartiniai teisėjai ir mokslininkai. Bausmės buvo ir išlieka, tačiau jų charakterizavimas kaip „žiaurių ir neįprastų" neturi artimo atitikmens fizikoje. Fizinė aplinka papildo mokslinę prasmę; analogiškas realybės indėlis į teisinę prasmę yra neaiškus. Tačiau ne visuomet: pavyzdžiui, egzistuoja monopolijos ir ekonomikos mokslo dėka mes žinome apie jas daug daugiau nei Shermano akto kūrėjai. Ar egzistuoja žiaurios ir neįprastos bausmės, ar tai nėra tik nestabilūs vietiniai kultūriniai artefaktai, galima abejoti. Aš nenoriu nuvertinti teisinio draudimo arba tvirtinti, kad jo įgyvendinimas niekuomet nesulauks teisininkų ir teisėjų bendro pritarimo, arba paneigti, kad yra mokslinių klausimų, kuriais niekuomet nebus pasiektas konsensusas. Tačiau 8-osios pataisos prasmės ieškojimas, mano nuomone, yra nesėkmingai apibūdintas kaip ieškojimas platesnių žinių apie tai, kas vyksta fizinės erdvės politiniu ar socialiniu lygmeniu. Pridėčiau, kad net ir Sherman akto pavyzdys yra neaiškus, nes mes negalime būti tikri, kad šio akto kūrėjai kalbėjo apie tai, ką šiandien vadiname monopolija.

Čia labai tinka Thomo Kuhno darbų įkvėpta „nebendramatiškumo" tezė. Pačia radikaliausia forma[27] ši tezė paneigia mokslinę pažangą, tvirtindama, kad kiekviena

[24] Žr. Jan. G. Deutsch, *„Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections between Law and Political Science"*, 20 *Stanford Law Review*, 1968, p. 169.

[25] Žr. David O. Brink, *„Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review"*, 17 *Philosophy and Public Affairs*, 1988, p. 105.

[26] Žr. Hilary Putnam, *Representation and Reality*, 1988, p. 12–14, 32, 36.

[27] Kurios pats Kuhnas nepalaiko. Žr. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2d ed. 1970, p. 169–170, 198–207.

mokslinė revoliucija atneša sąryšio struktūros pokytį, o ne pažangą bendrame kelyje. Iš to seka, kad Aristoteliui, Ptolemėjui, viduramžių bažnyčiai ir netgi šiuolaikiniams jūrininkams saulė ir dangaus kūnai visgi sukasi apie žemę, nes jų reikmėms patenkinti tai yra paprasčiausia ir vaisingiausia kosmologija. Aš tuo abejoju. Geocentrinės mokyklos ambicijos tikrai buvo didesnės nei noras padėti jūrininkams. Geocentrinė teorija buvo visatos struktūros teorija, kurią reikėjo atmesti, ir ji buvo atmesta. Bet to paties negalime pasakyti apie žiaurių ir neįprastų bausmių, kurias skyrė 19 a. teisėjai, „teoriją". Tai nebuvo teorija, kurią teko paneigti, kai gavome daugiau žinių apie bausmes.

Idėja, kad tai, kas atrodo linijiniu progresu, iš tikrųjų yra nesibaigianti nebendramačių sąryšio struktūrų seka, labiau pritaikoma teisiniams ir moraliniams dalykams negu moksliniams. Tradicinėje indiškoje sąryšio struktūroje *sati* yra puikiai pagrįsta; vakarietiškoje sąryšio struktūroje tai yra barbariška. Nei aiškinimas, nei derinimas tarp šių sąryšio struktūrų nėra įmanomi[28]. Dėl mirties bausmės gali vaisingai diskutuoti tik tie asmenys, kurie tiki, kad atgrasymas yra dominuojantis kriterijus kuriant bausmių sistemą, nes tokie asmenys priklauso tai pačiai sąryšio struktūrai. Abejotina, ar vaisinga diskusija gali kilti tarp asmenų, kurie nesutaria dėl baudžiamosios teisės ginamų vertybių, arba kurie toms vertybėms suteikia visiškai skirtingą prasmę.

Analoginis mąstymas

Daugelio šiuolaikinių teisininkų supratimu teisinio mąstymo šerdis yra analoginis mąstymas. Šis praktinio mąstymo metodas turi nepriekaištingą aristotelišką kilmę[29], tačiau neturi konkretaus turinio ir integralumo; jis apibrėžia nestabilią skirtingų mąstymo metodų klasę. Toks apibūdinimas nėra smulkmeniškas kabinėjimasis, o tikrai svarbus dalykas. Kadangi formali logika nevaidina jokio vaidmens teisiniame mąstyme, analoginis mąstymas tampa pagrindiniu kandidatu į metodus, kurie atskirtų teisininkus nuo kitų mąstytojų. Neformali logika yra svarbus mąstymo metodas ir teisininkai gali didžiuotis tuo, kad jam yra gabūs. Tačiau iš dalies dėl to, kad logika teisėje yra daugiau kritikos nei konstruktyvumo įrankis, logikos ribotumą pripažįstan-

[28] Tai moralinio reliatyvizmo pateikiamas atsakymas, kurio „už" ir „prieš" yra išnagrinėti gausioje literatūroje, kurią gerai atspindi *Relativism: Interpretation and Confrontation* (Michael Krausz ed. 1989). Reliatyvistų ir absoliutistų ginčas puikiai aprašytas Gilbert Harman, „*Is there a Single True Morality?*" in idem, p. 363.

[29] Kaip pabrėžta vis dar autoritetingame analoginio mąstymo teisėje vertinime: Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, 1949, 1 n. 2. Taip pat žr. Martin P. Golding, *Legal Reasoning*, 1983, p. 44–49, 102–111. Analogijos filosofinių vertinimų santraukas žr. Hilary Putnam, *The Many Faces of Realism: The Paul Carus Lectures*, 1987, p. 73–75; Quine ir Ullian, op. cit. 15, p. 90–95. Per dažno analoginio mąstymo klaidingumą gerai aptaria Monroe C. Beardsley, *Thinking Straight: Principles of Reasoning for Readers and Writers*, 3rd ed. 1966, § 11, p. 125, ir Brian Barry, „*On Analogy*", 23 *Political Studies*, 1975, p. 86.

tys teisininkai (ne visi pripažįsta) siekia nusimanyti ne tik logikoje, o tas „ne tik" dažnai laikomas analoginiu mąstymu.

Aristotelis pateikia tokį pavyzdį: „Jei norime įrodyti, kad [atėniečiams] kovoti prieš Tėbus yra blogai, turime daryti prielaidą, kad kovoti prieš kaimynus yra blogai. Toks įsitikinimas atsiranda iš panašių atvejų, pavyzdžiui, kad Tėbams karas su Fosu buvo blogis. Todėl kovoti su kaimynais yra blogai, o kadangi kovoti prieš Tėbus reiškia kovoti prieš kaimynus, tai aišku, kad kovoti prieš Tėbus yra blogai"[30]. Abejotina[31]. Jei Tėbams karas su Fosu buvo blogas, vadinasi, Tėbai tikriausiai pralaimėjo. Kodėl atėniečiams nesitikėti nugalėti jau pralaimėjusiuosius, kurie, be to, dar gali būti ir nusilpę? Aristotelio pavyzdys panašus arba į nesąmonę, arba į indukciją. Nesąmonė yra manyti, kad, jei du daiktai (kariavimas su kaimynais) turi vieną bendrą požymį, tai jie tikriausiai turės ir kitus požymius (blogio patyrimas). Tai tas pats, kaip sakyti, kad jei A ir B yra tamsių plaukų ir A yra moteris, tai B irgi tikriausiai moteris. Aristotelio pavyzdys yra indukcija tuo atveju, jei teigsime, kad iš patirties žinoma, jog karą su kaimynais pradėjusios tautos pralaimi, todėl Atėnams geriau neprasidėti. Indukcija dažniausiai pateikia tam tikrą teiginį apie reguliarumą, „dėsnį", pavyzdžiui, kad vanduo užverda esant 212° Farenheito, arba kad pradėti karą yra lengviau, negu jį pabaigti. Po to mums tenka formuoti kažkokią teoriją, kuri paaiškintų teiginį ir leistų išvengti neteisingų prielaidų, pavyzdžiui, kad kalno viršūnėje vanduo užvirs esant 212° Farenheito.

Net ir neturėdami teorijos, mes dažnai mąstome indukcijos metodu, o tokio mąstymo patikimumas priklauso nuo aplinkybių. Nuo 1963 m. aš turėjau tik „Volvo" (keturis automobilius) ir buvau jais patenkintas. Iš šios patirties darau išvadą, kad jei dabartinę „Volvo" pakeisiu nauja, tikriausiai ir vėl būsiu patenkintas. Ankstesni pirkiniai yra „precedentai" arba „analogijos", kurios sukuria tam tikrą tikimybę, kad įsigijęs „Volvo" aš ir vėl būsiu patenkintas. Tai gali būti logiškas mąstymo būdas ir jo per daug neliečia Hume'o pradėta ir neišspręsta gyva filosofinė diskusija, ar indukcija yra teisinga (nereikėtų painioti filosofinių ir praktinių abejonių dėl indukcijos, nes pastarosios abejonės gali nuvesti jus į beprotnamį). Tačiau sveikas protas, kasdienė praktinė indukcija, kurią gerai pailiustruoja ant viryklės nusideginusio vaiko išvadų darymo procedūra, yra šiek tiek per silpnai suderinti, kad galėtų būti teisinio mąstymo šerdimi teismo procesui tinkama prasme.

Ar galime pamėginti įsivaizduoti indukciją kaip mokslinę indukciją?[32] Jei analoginis mąstymas iš tikrųjų yra indukcija, galbūt tai kažkaip susiję su 19 a. formalistų

[30] *Prior Analytics*, Bk. II, § 24, in *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*, T. 1, p. 110 (Jonathan Barnes ed. 1984) (originalaus graikiško teksto p. 68, stulpelis b, eilutė 37, iki p. 69, stulpelio a, eilutės 19).

[31] Žr. Ricardo Miguel Barrera, „*Legal Reasoning according to Edward H. Levi: An Epistemological Critique*" (neišspausdinta seminaro medžiaga, University of Chicago Law School, Jan. 12, 1988).

[32] Prisiminkite Koheno palyginimą mokslinės ir teisinės indukcijos 1 skyriuje; žr. taip pat Cohen, op. cit. 4, p. 71–72.

idėja, kad teisė yra indukcinis mokslas (žr. Įvadą). Jei atidžiai nagrinėjant teismų bylas paaiškėtų, kad pažadai niekuomet nebuvo vykdomi, išskyrus, jei atsirasdavo ir oferta, ir akcepta, mes išvestume taisyklę arba principą, kuris atitiktų gamtos dėsnį. Tačiau mokslo formos gali atsirasti tik ten, kur nėra dvasios. Teisėjai ir teisės mokslininkai savo indukciniuose procesuose yra laisvi, kas būtų labai destruktyvu moksle. Ta laisvė yra laisvė atmesti pastebėjimus kaip normatyviškai nelogiškus[33]. Turima omenyje, kad mokslininkas negali pasakyti: „Žinau, kad Newtono kosmologijoje Merkurijaus orbita turi anomalijų, tačiau aš nekreipsiu į šį bjaurų faktą dėmesio, nes būtų gražiau, jei ta orbita būtų kitokia". Arba „aš manysiu, kad ji kitokia", arba „aš ją pakeisiu". Teisėjai dažnai, o teisės profesūra – visuomet – yra laisvi atmesti anomalius sprendimus. Iš jų nėra reikalaujama persvarstyti savo teorijas taip, kad jos prisitaikytų prie anomalijų. Taigi spaudimas ir teoretizuoti, ir pritaikyti teoriją prie pastebėjimų yra sumažinamas.

Gilesnė problema teisės, kaip „indukcinio mokslo", koncepcijoje yra tai, kad modelio egzistavimas, nors jis gali sukurti tikėjimą, jog to modelio bus laikomasi ateityje, negali įrodyti, kad jo privaloma laikytis. Faktas, kad joks pažadas nebuvo įvykdytas nesant ir ofertai, ir akceptai, negali būti priežastis atsisakyti vykdyti naują pažadą, kuriam trūksta vieno ar abiejų elementų. Indukcija gali išryškinti bendrą elementą ankstesnėse bylose, bet negali nustatyti jo privalomumo, lygiai kaip taisyklė nesukuria pareigos jos laikytis. Pagaliau pati didžiausia mokslinės indukcijos problema taip pat yra ir teisinės indukcijos problema. Apibendrinimas iš atskirų pastebėjimų yra pražūtingas. Kalno viršūnėje vanduo užvirs žemesnėje nei 212° Farenheito temperatūroje, kai kuriuos karus prieš kaimynus agresoriai laimėjo, o kai kurie „Volvo" yra šlamštas. Taip pat ir faktas, kad dešimt ankstesnių bylų buvo išspręsta vienaip, neįrodo, kad ir kita byla, kuri nebūtinai kiekvienu atžvilgiu yra identiška ankstesnėms, turi būti sprendžiama lygiai taip pat. Čia daug lemia ir ginčo sprendimo kelio pasirinkimas. Visais atžvilgiais ankstesnėms byloms identiškoje byloje greičiau bus susitarta be teismo (arba byla išvis neiškils) nei ginčijamasi iki apeliacinės instancijos. Teisinė indukcija gali sužlugti kaip tik tose bylose, kur ji labiausiai reikalinga.

Aš pateikiau teiginį, kad analoginis mąstymas iš tikrųjų yra indukcija, tačiau būdas, kuriuo teisininkai linkę naudoti analoginį mąstymą, yra klaidinančiai silogistinis (techniškai entimemus), o ne indukcinis. Teisininkas, kuris siūlo, kad nafta ir dujos yra analogiški nuosavybės objektai kaip triušiai, stirnos, kiti laukiniai gyvūnai, iš tiesų teigia, kad nuosavybės teisės tokiems objektams taisyklė – „sugavimo taisyklė" – yra dalis bendresnės taisyklės, apimančios ir naftą bei dujas: tai taisyklė, kad nėra laikinųjų išteklių nuosavybės teisių be valdymo. Tuomet iškyla problema pateisinti bendrąją taisyklę, ką galima padaryti arba silogistiškai, arba analogiškai.

Dar viena prasme galima laikyti, kad teisininkai ir kiti praktikai mąstytojai naudoja analogiją. Vertinama kaip paprasčiausiai panašūs į turimą problemą elementai

[33] Francio Bacono, didžiojo mokslo ir teisės induktyvisto, pastebėjimas. Žr. Paul H. Kocher, *„Francis Bacon on the Science of Jurisprudence"*, 18 *Journal of the History of Ideas*, 1957, p. 3, 20.

(pavyzdžiui, anekdotai), o ne loginės demonstracijos etapai ar pasikartojančio pavyzdžio dalys („Volvo" ir sutarčių pavyzdžiai), kuriais galėtų būti paremtos indukcinės išvados, analogija pateikia daugybę idėjų ir informacijos sprendžiant, ką daryti. Normalu, kad prieš suplanuodamas karinę operaciją, karininkas įvertina panašių operacijų „precedentus" praeityje. Galbūt tik tai ir turėjo omenyje Aristotelis, pateikdamas savo pavyzdį apie karą. Anksčiau išspręstos bylos suteikia faktų, argumentų ir technikos lobį teisininkams ir teisėjams dėl naujos bylos sprendimo. (Dramatiškas pavyzdys yra Admiraliteto naudojama deodando analogija). Byla yra savimi patenkinta patirtis.

Bylų kaip informatyvių analogijų panaudojimas turi būti atskirtas nuo jų panaudojimo kaip autoriteto, t. y. nuo sprendimo pagal precedentą politikos. Naudotojo požiūriu visos analogijos yra precedentai, t. y. anksčiau buvę dalykai, neatsižvelgiant į tai, ar jie autoritetingi. Todėl dėmesys precedentams neįpareigoja laikytis *stare decisis;* autoriteto ir analogijos klausimai yra skirtingi. Analogijos, pavyzdžio, anekdoto, taigi ir „precedento" ne autoriteto prasme, naudojimas yra neišvengiamas silpnos teorijos srityse, kaip karybos mokslas, reklama, teisė ir daugelis kitų žmogaus veiklos rūšių. Aš tik abejoju, ar analoginis mąstymas, kai jis atskiriamas nuo loginės dedukcijos ir mokslinės indukcijos ir nuo *stare decisis*, nusipelno tokių ovacijų ir pagarbos, kokią teisininkai jam suteikė. Visiškai suprantama, kad pirmą kartą nagrinėjant automobilių gamintojų atsakomybės galutiniam vartotojui už nerūpestingumą bylą[34], norisi sužinoti, ką panašiose bylose teismai nusprendė, pavyzdžiui, vaistų gamintojų atsakomybės vartotojui klausimu. Tai nėra speciali teisinio mąstymo procedūra; tai tas pats kaip apklausti kitus „Volvo" savininkus apie jų patirtį arba išsiaiškinti, kaip sekėsi kitiems miestams-valstybėms karuose prieš kaimynus. Tokiems „paveikslams" piešti pakanka pačios neaiškiausios nuojautos (net nebūtinai sąmoningos), kas laikytina „panašiais" arba „analogiškais" atvejais, nors panašumo arba analogijos vertinimas reikalauja tam tikro ir galbūt ekstensyvaus kategorizavimo. Tačiau jei precedentas nėra autoritetingas ta prasme, kad skelbtų neabejotiną ir svarbią prielaidą, jis tegali būti tik anekdoto pobūdžio duomenų arba priežasčių, samprotavimų, vertybių ir politikos šaltinis.

Paskutiniame sakinyje reikia pabrėžti kvalifikaciją: ankstesnė byla gali būti autoritetinga tik per *stare decisis*[35]. Kuo daugiau precedentų yra tuo pačiu klausimu, tuo stipresnė gali būti *stare decisis* trauka (prisiminkite ankstesnėje pastraipoje paminėtą

[34] *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916) – Cardozo klasikinis manipuliavimas precedentu aptariamas Levi, op. cit. 29, p. 9–24.

[35] Diskusijoms apie precedento autoritetą nušviesti žr. Frederick Schauer, *„Precedent"*, 39 *Stanford Law Review*, 1987, p. 571; Charles W. Collier, *„Precedent and Legal Authority: A Critical History"*, *Wisconsin Law Review*, 1988, p. 771; Max Radin, *„Case Law and Stare Decisis: Concerning Präjudizienrecht in Amerika"*, 33 *Columbia Law Review*, 1933, p. 199. Šaueris, kaip ir aš, pabrėžia artimas paraleles tarp precedento naudojimo teisėje ir jo naudojimo kasdieniame gyvenime. Ypač žr. 39 *Stanford Law Review*, p. 602–604. Apie logines mįsles, kurias sukuria sprendimas pagal precedentą, žr. Laurence Goldstein, *„Some Problems about Precedent"*, 43 *Cambridge Law Journal*, 1988, p. 88, ir ten cituojamas referencijas.

kvalifikaciją). Tačiau bylų skaičiavimas *stare decisis* galiai nustatyti nėra analoginis mąstymas; tai yra autoriteto vertinimas. Tai yra skirtingi ir net priešingi ankstesnės bylos panaudojimo metodai, todėl nuostabu, kad teisėjai ir kiti teisininkai taip dažnai juos naudoja kartu. Kai byla vertinama kaip patirtis, o ne kaip autoritetas, analoginis mąstymas yra daugiau teisinio tikrumo paneigimo nei jo nustatymo metodas (bent jau pradžioje). Tai metodas, kuriuo nustatyti principai nepaliaujamai tikrinami naujų bylų išmėginimais. Jei principai išlaiko testą, jie sustiprėja; analogija su klaidingumo mokslo teorijomis yra akivaizdi. Tačiau naujos bylos yra testai, o ne tik vienkartiniai principų pakartojimai. Kai apie teisę, kaip ir šiame pavyzdyje, mes mąstome pagal mokslo modelį, tai yra iššūkis, o ne pagarba teisės hierarchiniam ir autoritariniam pobūdžiui. Mes žiūrime į teisę kaip į nelengvą kompromisą tarp mokslo, kuriame suverenus yra tyrimas, ir teologijos, kurioje suverenus yra autoritetas.

Ginant analoginį mąstymą atsiranda pagunda pabrėžti, kad žmogus turi įgimtą sugebėjimą atpažinti modelius – įgimtą panašumo standartą[36]. Tai leidžia mums atpažinti veidus, praėjus kažkuriam laikui, ir objektus, matomus nauju kampu. Bylų rinkinys gali sudaryti modelį. Tačiau kai teisėjai ir kiti teisininkai nesutaria, kokį būtent modelį jos sudaro, šio nesutarimo neįmanoma išspręsti nei intuityvia modelio nuojauta, nei mokslinės indukcijos metodais.

Taip pat nepakaks pabrėžti analogijos svarbos mokslinės arba teisinės vaizduotės veikloje[37]. Pastebėti, kad viena problema yra panaši į kitą – jau išspręstą – iš tikrųjų jau yra sprendimo kelio pradžia. Tačiau čia iškyla skirtumas tarp atradimo logikos ir pateisinimo logikos; analogija priklauso daugiau pirmajai nei antrajai. Vienas dalykas yra vertinti naftą ir dujas analogiškai kiškiams ir lapėms, kitas – pagrįsti tokį patį (arba skirtingą) juridinį traktavimą. Paimkime mokslinį pavyzdį apie radiacijos formą, kuri pakankamai galinga sunaikinti piktybinį auglį, tačiau taip pat sunaikins audinius, per kuriuos turės pereiti. Analogiškai karinių pajėgų išsklaidymui į nedideles grupes, kurios leidžia tvirtovę užpulti iš visų pusių iš karto, auglys gali būti saugiai ir efektyviai išgydytas, nukreipiant žemo intensyvumo spindulių srautus iš įvairių krypčių, taip duodant augliui didesnę radiacijos dozę nei audiniams, per kuriuos ji skverbiasi[38]. Analogija čia teisinga, tačiau ji neįrodo medicininio gydymo efektyvumo ir negalėtų būti cituojama atradimo aprašyme. Ji nepriklauso pateisinimo logikai.

Paprastas analogijos tvirtinimas iš tiesų gali turėti įtikinamąją galią psichologine prasme. Ta prasme metaforos yra dažnai įtikinančios, o jos yra analogijos forma. Me-

[36] Žr. Howard Margolis, *Patterns, Thinking and Cognition: A Theory of Judgement*, 1987, (ypač p. 113–114); W. V. O. Quine, *„Natural Kinds"*, in *Naturalizing Epistemology* 31 (Hilary Kornblith ed. 1985).

[37] Pavyzdžius apie mokslą žr. Andrew Pickering, *Constructing Quarks: A Sociological History of Particle Physics* 12, 1984, p. 407; Mary Hesse, *Revolutions and Reconstructions in the Philosophy of Science*, 1980, 4 sk. Skaičių naudojimas skaičiavimams tam tikra prasme irgi yra analoginis mąstymas. Filosofijoje taip pat yra žymių pavyzdžių. Platono ola yra geriausiai žinomas iš jų. 11 skyriuje susidursime su kitu pavyzdžiu, susijusiu su Juditos Jarvis Tomson pažiūromis į abortus.

[38] Žr. John H. Holland et al., *Induction: Processes of Inference, Learning, and Discovery*, 1986, p. 289–295.

tafora taip pat yra naujo apibūdinimo forma, pastangos pakeisti tikrąją daiktų išvaizdą, ir tokios pastangos yra svarbios intelektiniam pasikeitimui, įskaitant, kaip nurodysiu 4 skyriuje, doktrininį pasikeitimą teisėje. Tačiau teisėjai siekia daugiau nei retoriškai efektyvaus, emociškai įtaigaus ir net perspektyvą keičiančio pasakymo – jų nepatenkins vertinimas, kad jų mąstymas yra metaforiškas – lygiai taip pat, kaip jie siekia sugebėti išspręsti bylą teisingais, tačiau neartikuliuotais pagrindais.

Analoginio mąstymo išaukštinimas kaip metodo – užtikrinti, kad teisėjai žengtų tik po vieną žingsnį vienu kartu, t. y. kurtų teisę palaipsniui, tik paryškina jo ribotumą[39]. Pirma, įspėjimas nepadeda teisėjui nuspręsti, ar imtis kiekvieno atskiro žingsnio. Jis leidžia jam tik žengti mažus žingsnelius. Antra, mažų žingsnelių serija gali sudaryti didžiulį šuolį ir, nors judėjimas palaipsniui suteikia teisėjui galimybę sustoti, kai tik praktika parodo klaidą, jis gali paslėpti kumuliatyviai atsiradusio pasikeitimo dydį. Pastaroji tendencija net gali dominuoti, turint omenyje, kokio riboto grįžtamojo ryšio sulaukia teisėjai (žr. 3 skyrių). Trečia, nėra mato, kuriuo būtų galima nustatyti socialinę, politinę ar ekonominę „distanciją" tarp ankstesnės „analogiškos" ir dabartinės bylos. Teisėjas, kuris naftą ir dujas prilygina lapėms ir zuikiams, gali manyti, kad žengia tik mažą žingsnelį, tačiau iš tikrųjų jis sudaro kliūtis vertingiems resursams ištirti[40]. Ketvirta, analoginis argumentavimas ir artimai susijusi teisės fikcijos technika dažnai naudojamos pateikti pasikeitimus kaip tęstinumą, kas pasunkina teisės raidos vertinimą ar netgi supratimą[41].

Paskutinis teiginys parodo ankstesnių bylų citavimo teismo sprendime retorinę funkciją. Arba, veikiau, retorines funkcijas: ankstesnių bylų citatos vartojamos „paslėpti" įsakmias nuorodas kaip argumentaciją, įtvirtinti neginčijamus ir todėl nereikalaujančius įrodymo teiginius ar įtvirtinti kaip šaltinius bendrosios kalbos, kuri yra arba nuvalkiota tiesa, arba prieštarauja kitų necituojamų bylų bendrajai kalbai, citatas. Kitais žodžiais, bylų citatos dažnai vartojamos tam, kad nuomonė atrodytų tvirtesnė, negu ji iš tikrųjų yra[42]. Tačiau mano pagrindinis tikslas, kurį iliustruosiu Neilo MacCormicko[43] pavyzdžiu, yra parodyti, kad analoginis mąstymas, net kai jis nėra retorinis-entimemus, arba klaidingas, arba dekoratyvus, iš tikrųjų visai nėra mąstymo būdas, t. y. prie-

[39] Žr. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1979, p. 180–210.

[40] „Grobio taisyklė", apie kurią žr. Howard R. Williams, Charles J. Meyers, *Oil and Gas Law*, 1988, T. 1, § 203.1, 204.4, turi prasmę, kai taikoma dažnai pasitaikantiems objektams, kaip, pavyzdžiui, zuikių ir lapių taisyklės atsiradimo laikotarpiu. Ji neturi prasmės, kai taikoma retiems ištekliams kaip nafta ir dujos. Neleisdama įgyti teisių į naudojimą ateityje, ši taisyklė skatina išnaudoti išteklius kaip galima greičiau, tai yra per greitai. Žr., pavyzdžiui, Richard J. Pierce, Jr., *„State Regulation of Natural Gas in a Federally Deregulated Market: The Tragedy of the Commons Revisited"*, 73 *Cornell Law Review* 15, 1987, p. 20–23.

[41] Žr. mano knygą, 1988, p. 2–4.

[42] Apie teismo retorikos manipuliacinį pobūdį žr. Peter Goodrich, Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric, and Legal Analysis, 1987, pt. 2; taip pat *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, op. cit. 41, 6 sk.

[43] Iš jo knygos *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, p. 161–163.

laidų ir išvadų jungimas. MacCormickas nagrinėja bylą, kurioje ieškovas, neturėdamas sutarčių ar kitokių sutarimų įrodymo, stengėsi atgauti išlaidas, patirtas siekiant išsaugoti atsakovo turtą. Anksčiau teismas buvo priteisęs tokį nuostolių atlyginimą, tačiau tuomet pavojus grėsė gyvybei, o ne turtui. Dabar iškilo klausimas, ar analogiškai gyvybės išsaugojimo atveju reiktų išspręsti bylą ieškovo naudai. Norint protingai atsakyti į šį klausimą, reikia ne sugebėjimų pastebėti analogijas, o identifikuoti jų argumentaciją, kai pavojus grėsė gyvybei, įvertinti tos argumentacijos stiprumą, kai grėsmė buvo turtui, ir atsižvelgti į visas kitas susijusias aplinkybes. Tarkime, kad ankstesnės bylos rėmėsi prielaida, jog atsakovas, paklaustas, ar sutiktų atsilyginti tam, kas pavojaus akimirką išgelbėjo jo gyvybę, tikrai būtų atsakęs „žinoma". Tuomet kyla klausimas, kiek galima remtis tokiu pažadu, kai pavojus gresia mažesnei vertybei negu gyvybė. Ankstesnės bylos būtų naudingas informacijos šaltinis sprendžiant šią bylą, tačiau sprendimui reikėtų naujo etinio ir politinio vertinimo.

Gali atrodyti, kad, atskiriant teisinį precedentą kaip informaciją ir kaip autoritetą, nepaisoma fakto, jog tos pačios arba aukštesnės instancijos teismų vertinimai, svarstymai, politika ir etinis supratimas ankstesnėse bylose turi didesnę prasmę ir yra labiau autoritetingi, nei iš kitų šaltinių ištraukti vertinimai ir svarstymai. Tačiau ar tik įprotis ir tingumas verčia teisėjus ir kitus teisininkus ieškoti etinės ir politinės medžiagos ankstesniuose teismų sprendimuose, o ne mokslo literatūroje, statistikos vadovėliuose ar kasdienėje praktikoje? Ne, tai šis tas daugiau: tai plazdenanti vizija, kad rezultatai gali paskatinti teisėje didesnį stabilumą, kas yra gerai, nors ir neapibrėžta. Milijonuose bylų puslapių yra daugybė informacijos ir etinių vertinimų. Tačiau taip pat juose yra daugybė dezinformacijos ir nebeegzistuojančios etikos, ir yra labai sunku atsijoti pelus nuo grūdų.

Aš spėju, kad nuodugnus tyrimas parodytų, jog vienoje specifinėje teisės srityje besispecializuojantys teisėjai rodo mažiau dėmesio precedentui nei platesnės kompetencijos (mažiau „apriboti") teisėjai, kurie mažiau išmano konkrečią sritį. Taip yra net ir tuomet, kai specializuoto teisėjo žinios yra paprasčiausiai atėjusios iš įsigilinimo į teisės praktiką, o ne iš neteisinių išminties šaltinių. Šis įsigilinimas išryškins nesuderinamumą tarp precedentų ir taip atims galimybę bet kuriam iš jų įgyti autoritetą. Specialistui teisė atrodo ne tokia tvarkinga, kaip generalizatoriui. Susijusi, tačiau silpnesnė prielaida yra ta, kad specializuotas teismas kreips mažiau dėmesio į precedentus, ir todėl jis bus sunkiau (o ne, kaip paprastai manoma, lengviau) nuspėjamas negu bendrasis teismas. Ši hipotezė yra silpnesnė, nes precedentai, į kuriuos specializuotas teismas turės atsižvelgti, dažniausiai bus sukurti jo paties, t. y. specialistų, o ne generalizatorių.

Specializuotiesiems teismams neturėtų būti priekaištaujama dėl to, kad jie skiria mažiau dėmesio precedentui negu bendrieji teismai. Precedentas yra tik vienas iš informacijos šaltinių sprendimui pagrįsti, o specializuotieji teismai turi papildomų informacijos šaltinių, kurių trūksta bendriesiems teismams. Šiam teiginiui gali būti prieštarauta argumentu, kad, siekdamas rasti nuorodų sprendimui, teisėjas ieško ne tik susijusio patyrimo, bet ir susijusių įpareigojimų, o šiuos galima greičiau surasti

teismų išvadose negu statistikos suvestinėse ar akademiniuose komentaruose. Tačiau klausimas, kokį vaidmenį suteikti precedentui tais atvejais, kai ankstesnis sprendimas nėra tiksliai apie tą patį. Kodėl *dicta* (tai yra neįpareigojančios teismo išvadų dalys) turėtų įgyti daugiau įtakos negu mokslininkų teiginiai, kuriems parengti galbūt buvo praleisti keleri metai nagrinėjant konkrečią teisės problemą? Arba socialinių mokslų specialistų, kurie galbūt praleido visą savo profesinį gyvenimą sistemingai studijuodami atitinkamas socialines realijas, išvados? Ar vien tik dėl to, kad teisėjas yra oficialus pareigūnas?

Net jei teisėjai, ieškodami sprendimo variantų naujoms byloms, neturėtų jaustis apriboti tik ankstesnių bylų sprendimais, mėginama teigti, kad jie neturėtų peržengti jų visuomenėje įprastos moralinės ir politinės nuomonės, todėl Amerikoje teisėjas neturėtų spręsti bylų vadovaudamasis Marxo arba Nietzsche's etika, o likti mūsų teisės tradicijose įsitvirtinusių vertybių ribose. Aš abejoju. Kaip nauja vertybė įsitvirtina teisės tradicijoje? Tik teisėkūros ar konstituciniu keliu? Ar teisėjas niekuomet negalės būti naujos vertybės, naujo politinio ar etinio supratimo pionieriumi teisėje?

Aš neteigiu, kad akademiniai ar kitokie neteisminiai tekstai turėtų įgyti tokią pačią galią kaip teismų sprendimai. Teismo paliepimai paprastai „nukirs" net labiau pagrįstą akademinę analizę, nes teisė sureikšmina stabilumą, vertybę, kuri dažniausiai, nors ir ne visuomet, stiprinama laikantis ankstesnių sprendimų. Aš noriu pasakyti tik tai, kad tuo atveju, kai nėra įpareigojimų, o tik *dicta*, jų svarbumas turėtų būti vertinamas pagal vidines savybes, o ne pagal oficialų šaltinį. Galimas kontrargumentas yra tas, kad tikrojo teisinio mąstymo esmė ir yra precedento kaip autoriteto (paliepimai) ir precedento kaip informacijos (*dictum*) atskyrimas. Precedentai gali būti aiškinami plačiai arba siaurai ir sprendimas, kuriuo keliu eiti konkrečioje byloje, dažnai laikomas teisėjavimo arba advokatavimo meno esme. Galbūt, tačiau tai niekuo nesusiję su logine ar pusiau logine dedukcija ar netgi analogijų taikymu. Jei įmanomai siauriausiai aiškinamas precedentas diktuoja kažkokį sprendimą byloje, tas sprendimas bus priimtas precedento pagrindu. Jei siaurai aiškinamas precedentas nediktuoja sprendimo naujoje byloje, tačiau teismas nutaria aiškinti precedentą plačiau taip, kad jis tiktų šiai bylai, sprendimo esmė yra būtent šis precedento nepadiktuotas pasirinkimas, t. y. pasirinkimas, koks turėtų būti precedentas. Pasirinkus precedentas, vertinamas kaip autoritetas, o ne kaip pavyzdys, iškrenta iš paveikslo. Nėra jokio praktinio skirtumo tarp to, kad laikytume bylą viena iš „pirmojo įspūdžio" bylų, ir to, kad byla buvo pritaikyta prie kitos bylos, pirmiausia diskrečiai nusprendus ankstesnę bylą išaiškinti plačiai[44].

[44] Todėl Hume'o diskusija apie analoginį mąstymą teisėje yra netikėtai tinkanti dabartinei Amerikos teisei, tačiau kartu ir kandi: „Jei tiesioginiai įstatymai ir precedentai yra nepakankami ir netobuli, pasitelkiami netiesioginiai; tuomet kontraversiška byla jais vadovaujantis išsprendžiama panaudojant analoginį mąstymą, palyginimus, panašumus ir sutapimus, kurie dažnai daugiau įsivaizduojami nei realūs. Apskritai galima drąsiai teigti, kad jurisprudencija šiuo požiūriu skiriasi nuo visų kitų mokslų. Daugeliu šauniųjų klausimų net ir negali pasakyti, kurioje pusėje yra teisybė. Jei viena šalis, naudodamasi analogija ar palyginimu, pritaiko bylai ankstesnį įstatymą ar precedentą, kita šalis gali pateikti priešingą analogiją arba palyginimą;

Kuo siauriau interpretuojamas precedentas, tuo mažiau jis turi galios kaip taisyklė, todėl pasirinkimas tarp plataus ir siauro aiškinimo yra didesnės ar mažesnės priklausomybės nuo su standartais susijusių taisyklių pasirinkimas. Iš to ir kilo 1 skyriuje išdėstyti pasvarstymai. Šie pasvarstymai niekuo nesusiję su logika ar analoginiu mąstymu. Tačiau tai neturi reikšti šių pasvarstymų vertės sumenkinimo. Kadangi taisyklės yra būtinas racionalios teisės sistemos komponentas, o precedentas yra svarbus taisyklių šaltinis anglų ir amerikiečių teisės sistemoje, būtų neprotinga precedentus visuomet aiškinti siauriausia įmanoma prasme. Tuomet neliktų teisėjų sukurtų taisyklių. Tarkime, kad ankstesnė byla, kurioje, pavyzdžiui, gynyba interpretuoja ieškininę senatį, „visomis keturiomis" sutampa su dabartine, išskyrus tai, kad ankstesnėje byloje ieškovas buvo kairiarankis, o dabar – dešiniarankis. Ar gali ankstesnė byla būti apribota tik kairiarankiais ieškovais? Ne, bet tik todėl, kad nėra politinės ar etinės nuostatos, kuri pateisintų tokią siaurą interpretaciją. Taigi ne vien sprendimas, kiek plačiai aiškinti precedentą, neturi nieko bendra su logika ar analoginiu mąstymu; siauro aiškinimo apatinės ribos patikslinimas taip pat nepriklauso nuo šių mąstymo metodų.

Teismo paliepimų ir *dictum* atskyrimas nėra griežtas ir tą tuoj pat įrodo teismų nesugebėjimas susitarti dėl šių terminų apibrėžimo[45]. Priežasčių aiškinti ankstesnį sprendimą siaurai yra daugybė, ir jų svarbumas nulemia, kokia ankstesnio sprendimo dalis bus laikoma paliepimais, kokia *dictum*. Į priežasčių sąrašą įeina: papildomos informacijos turėjimas dabartiniame procese; ankstesnio teismo nepakankamas dėmesys šiam klausimui galbūt dėl to, kad jis tame teisme buvo šalutinis; dabartinio teismo nepritarimas ankstesnio teismo analizei (kaip priešingybė rezultatui, nes tuomet dabartinis teismas neabejotinai atmestų paliepimus ankstesnėje byloje, o ne tai, kas gali būti apibrėžta kaip tiktai *dictum*); ankstesnio teismo pavartota perdėtai išplėsta kalba, netyčia apimanti ir dabartinės bylos klausimus; santykinis svarbos užfiksuoti taisykles konkrečioje su byla susijusioje teisės srityje nebuvimas; ir, trumpai tariant, beveik viskas, kas ankstesnėje byloje yra netinkama ar nereikalinga dabartinės bylos sprendimo gairėms. Visų šių pastebėjimų arba jų dalies nebuvimas reikštų palankumą plačiam aiškinimui. Visi pastebėjimai yra politiniai ir jie nepasiduoda aiškiam formulavimui ar algoritminiam apibrėžimui.

Ši diskusija yra apie tinkamą svarbumą, kurį reiktų suteikti *dicta*, palyginti su neoficialiais išminties šaltiniais. Sprendimas dalį ankstesnės teismo nuomonės laikyti *dictum* reiškia suteikti jai santykinai nesvarbų vaidmenį dabartinėje byloje. Tai atveria duris kitiems nuorodytiems šaltiniams apsvarstyti. Jei būtų plačiau pripažinta, kad

ir teisėjo atiduodama preferencija dažnai yra paremta skoniu ir vaizduote negu tvirtais argumentais. Visų teismų tikslas yra visuomeninis naudingumas. Šis naudingumas taip pat reikalauja stabilių taisyklių visais kontraversiškais klausimais. Tačiau ten, kur yra kelios beveik vienodos ir nešališkos taisyklės, pakanka labai nedidelio minties šuolio, kad sprendimas pakryptų vienos ar kitos šalies naudai". *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 3rd ed., P. H. Nidditch ed., 1975 (App. 3), p. 308–309.

[45] Žr. ginčą byloje *United States v. Crawley*, 837 F.2d 291 (7th Cir. 1988); taip pat Peter Goodrich, *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, 1986, p. 72–73.

bent jau sudėtingose bylose (nors jų skaičius neproporcingas teisminių ginčų skaičiui) pagrindinė precedentų reikšmė yra informacinė, o ne nurodomoji, konkuruojanti, o ne patvirtinanti, teisėjai ir kiti teisininkai galėtų daug daugiau pasinaudoti neteisine ir lyginamąja medžiaga, kuri yra svarbus informacijos, tačiau ne galios, šaltinis. Šiuolaikinių teismų išvadose yra cituojama neteisinė medžiaga, nors kartais ir atsitiktinai, tačiau daugiausia šių citatų atspindi teisės valdininkų, o ne teisėjų suvokimą. Susirūpinimas precedentu kaip autoritetu gali būti viena iš priežasčių, dėl kurios Amerikos teisėjai nesidomi panašių problemų sprendimo būdais užsienio valstybių teisės sistemose, nes užsienio teismų sprendimai neturi galios Amerikos teismuose, išskyrus retą atvejį, kai iškyla klausimas dėl užsienio valstybės teisės[46]. Per daug teismų sprendimų turi neištirtų prielaidų, įprastinių ir kiek lėkštų prietarų bei neabejotinų tvirtinimų, kurie remiasi prietarais ir folkloru[47].

Ypač reikia pabrėžti, kad precedento sistemoje „botagą" valdo dabar bylą nagrinėjantis teismas, o ne ankstesnis teismas, kuris sukūrė precedentą. Dabartinis teismas nusprendžia, ar ankstesnį sprendimą aiškinti plačiai, ar siaurai, ar atmesti jį, jei jis negali būti pakankamai susiaurintas, kad tiktų dabartinei bylai. Teismas turi tokią galią ir daugiau informacijos jau vien dėl to, kad procesas vyksta vėliau. Kokią galią suteikti precedentui – taikyti jį ar ne, ir, jei taip, kokia apimtimi, yra pragmatinis sprendimas. Jame dėl nerūpestingo požiūrio į ankstesnius sprendimus galintis atsirasti netikrumas ir papildomai sugaištas laikas kiekvienoje byloje, kurių skaičius dėl netikrumo dar padidėja, gali būti palyginami su padidėjusia klaidos rizika, kurią sukelia nekritiškas požiūris į praeities sprendimus. (Šiame tekste yra 1 skyriaus aidas; čia susiduriame su panašia pusiausvyra, kuri atstatoma ir sprendžiant, ar laikytis taisyklės, ar sukurti išimtį.) Analoginis mąstymas nėra tinkamas mechanizmas pusiausvyrai atstatyti.

Pastaba dėl teisinio mokymo

Tinkamos patirties ir nuomonės ieškojimas praeityje, kurį aš laikau teisinio analoginio mąstymo esme, yra svarbi ir vertinga praktinio mąstymo dimensija. Tačiau ji yra

[46] Galbūt puiki profesorės Glendon studija apie užsienio valstybių požiūrį į abortus padės įveikti mūsų provincialumą. Žr. Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, 1987, p. 10–62. Įdomus pasiūlymas dėl socialinių mokslų atradimų teisėje autoriteto iškėlimo pateikiamas dviejuose Laurenso Walkerio ir Johno Monahano straipsniuose: „Soacial Science Research in Law: A New Paradigm", 43 *American Psychologist*, 1988, p. 465, ir „Social Facts: Scientific Mathodology as Legal Precedent", 76 *California Law Review*, 1988, p. 877.

[47] Štai tipinis teisminio tikrumo pavyzdys: „Nėra geresnės priemonės tiesai atrasti, kaip pranešti asmeniui, kuriam gresia dideli nuostoliai, apie jam iškeltą bylą ir galimybę gintis. *Taigi nesugalvota geresnio būdo populiarios vyriausybės jausmams sukelti, kaip paskelbti, kad įvykdytas teisingumas:* Joint Anti-ascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123, 1951, p. 171–172 (sutampa su J. Frankfurteriu, išnaša praleista). Šie išryškinti ir neakivaizdūs teiginiai yra paremti tik Danielio Websterio kalbos ir Anglijos teismo išvados citatomis. Stilius rodo daugiau dogmatinę, o ne ieškančią nuomonę. Tai būdinga teismo stiliui.

tokia paprasta – aš šį žodį pavartoju ne neigiama prasme, o tik norėdamas parodyti analoginio mąstymo atitrūkimą nuo išvadų technikos, kurios turėtų būti mokoma taip pat kaip statistinių išvadų ar formaliosios logikos – kad dažnai klausiama, kokiu būdu labai induktyvus, į bylas orientuotas, analogijų prisotintas „sokratiškas" teisinio tyrimo metodas apskritai moko mąstyti, išskyrus studento sugebėjimų identifikuoti prieštaravimus plėtojimą[48]. Tai yra svarbus sugebėjimas, tačiau ar prieštaravimų identifikavimas – tai viskas, ką reiškia „mąstyti teisiškai"? „Sokrato metodas" supažindina studentą su teisės literatūra, kurios daugiausia parašyta standartiniu profesiniu stiliumi, perdėtai išaukštinančiu teisininkų naudojamų analitinių metodų unikalumą ir galią. Jis „pripumpuoja" studentą to stiliaus, sykiu išmokydamas jį logikos, kaip kritikos įrankio, pagalba išnaudoti teisinių tekstų neapibrėžtumus. Teisės mokyklose išmokstamas referavimas į ankstesnes „analogijas" metodologiniu požiūriu yra daugiau kalba, negu mąstymo būdas: kultūra, žodynas, reprezentacinių tekstų ir problemų rinkinys. Užsienio kalbų mokymas nereikalauja mokytis mąstymo būdų.

Nenoriu menkinti įprasto teisinio mokymo (nors teisės mokyklos siūlo ne tik tai). Be jo asmeniui, kad galėtų imtis teisės praktikos, reikėtų nuobodžiai mokytis padėjėjo vaidmenyje ir jis neišmoktų taip gerai. Tačiau reikėtų pripažinti, kad yra tam tikras panašumas tarp įprastinio teisinio mokymo ir „pameistrystės" sistemos, kuri egzistavo prieš ir dar ilgą laiką kartu su teisiniu mokymu. Pasinėrimas į teismų išvadas ir kitą teisinę medžiagą, kas taip būdinga teisiniam mokymui, nuo pat pradžių suteikia studentui praktikos analogą; jis panašus į lėktuvo pilotą, besitreniruojantį skrydžio simuliatoriuje. Dėstytojas lyg vyresnis partneris pateikia klausimus, o studentas atsako į juos „tirdamas" teisinę medžiagą, sudėtą į teismų praktikos sąvadą[49].

[48] Sokrato metodas gerai aptartas William C. Heffernan, „*Not Socrates, But Protagoras: The Sophistic Basis of Legal Education*", 29 *Buffalo Law Review*, 1980, p. 399; William Epstein, „*The Classical Tradition of Dialectics and American Legal Education*", 31 *Journal of Legal Education*, 1981, p. 399; John O. Cole, „*The Socratic Method in Legal Education: Moral Discourse and Accomodation*", 35, *Mercer Law Review*, 1984, p. 867; Edwin W. Patterson, „*The Case Method in American Legal Education: Its Origins and Objectives*", 4 *Journal of Legal Education*, 1951, p. 1. Platono dialogų skaitytojas pastebės tikrus panašumus tarp dialoguose aprašyto Sokrato metodo ir „sokratiškojo" teisės mokymo metodo. Ir Sokratas, ir sokratiškos mokyklos dėstytojas identifikuoja pasikartojančių klaidų oratorius ir aštriais klausimais pademonstruoja, kad oratoriai smarkiai suklydo. Klaidingų nuostatų paneigimo procesas leidžia surasti teisingas nuostatas. Metodai ypač suartėja tuomet, kai teisės dėstytojas, kaip įprasta, tarp studentų sutinka Trasimachą, kuris vėliau atstovauja „teisė kaip politika" mokyklai. Žinoma, tarp dviejų metodų yra daug skirtumų, susijusių su turiniu, socialiniais santykiais tarp sokratiškos asmenybės ir kitų dialogo dalyvių, taip pat galutiniu proceso tikslu.

[49] Veblenas persistengė, tačiau pataikė į esmę sakydamas: „Iš esmės teisės mokykla privalo būti šiuolaikiniame universitete ne daugiau negu fechtavimo arba šokių mokykla. Tai ypač pasakytina apie Amerikos teisės mokyklas ... Ir ši tiesa tuo stipresnė, kuo nuosekliau laikomasi „bylų metodo". Minėtos mokyklos vienareikšmiškai rengia praktikus atskirai nuo teisininkų, o jų dėstytojų santykis su studentais maždaug toks pat kaip trenerio su sportininkais. Orientuojamasi tik į sėkmingos praktikos reikalavimus, būdus ir strategiją, tačiau labai mažai „paragaujama" tų pusiau mokslinių metafizikos straipsnių, kuriais remiasi teisės sistema. Apie šiuos teisės elementus reikalaujama žinoti tik tiek, kiek reikia pažinti jų strateginį panaudojimą." Thorstein Veblen, *The Higher Learning in America*, 1918, p. 211.

Teisės mokykloje studijuotos bylos leidžia ne tik žvilgtelėti į teisės taisykles ir retoriką, bet ir pajusti tam tikrą gyvenimo patirties surogatą, kai kuriuos specifinius gyvenimo epizodus (nusikaltimus, kontraktų sulaužymą ar rasinę diskriminaciją), su kuriais teisininkui teks daugiausia susidurti praktikoje. Tačiau aš kartoju, kad visa ši gausi bylų medžiaga nėra patikimas vedlys į juose aprašytus socialinius reiškinius[50]. Pasinėrimas į bylas, labai būdingas ir teisiniam mokymui, ir teisinei praktikai, gali būti ne tiek stiprybės šaltinis, kiek silpnumą parodanti brutali būtinybė – tarpinis sustojimas laukiant geresnės (labiau moksliškos, empirinės, tarpdisciplininės) teisės teorijos, o ne viršesnė alternatyva tokiai teorijai.

Patį klausimą būtų galima išnagrinėti empiriškai. Jei įprastinė teisinė patirtis didina teisinės analizės galią, galėtume tikėtis, kad teisėjo darbas (kas yra labiau noriai pamatuojama nei advokato darbas, nors tai ir nelengva, suskaičiuojant teisėjo išvadų citavimo kartų ir pakeistų sprendimų skaičių)[51] sistemingai kistų atsižvelgiant į jo patirtį, prieš atsidurdamas teismo salėje. Taip pat galėtume spėti, kad didesnę teisininko praktiką turintys teisėjai dirbtų geriau nei mažiau praktikos turintys teisėjai, kai kiti dalykai (kaip teisinis išsilavinimas) būtų vieno lygio.

Pats svarbiausias dalykas, ko išmokstama teisės mokyklose, yra pajusti teisinio argumentavimo ribas tuo metu, kai suteikiamas išsilavinimas. (Vėliau tos ribos, žinoma, keičiasi.) „Teisininko mąstymas" reiškia ne specialių analitinių galių panaudojimą, o supratimą apie tai, kiek plastiška gali būti teisė – nei begaliniai plastiška, kaip manytų Trasimachas, nei griežta ir iš anksto apibrėžta, kaip mano daugelis paprastų žmonių, ir apie galimus „ėjimus" argumentuojant „už" arba „prieš" teisės pakeitimus. Tai nėra nei metodas, nei doktrina, o tik priimtinų argumentų repertuaras ir doktrinos stabilumo laipsnio ir pobūdžio nuojauta. Bendriau sakant – profesinės kultūros, kurią kai kurie gerbia, o kiti nekenčia, kontūrų pajutimas[52].

[50] Teismui pasiremti Blackstone'u kaip autoritetu teigiant, „kad natūralūs meilės saitai verčia tėvus veikti savo vaikų labui", kaip buvo padaryta byloje *Parham v. J. R.*, 442 U.S. 584, 602 (1979), yra pats provinciališkiausias teisinis mąstymas.

[51] Iš ankstesnių diskusijų turėtų būti akivaizdu, kodėl sprendimo panaikinimo dažnumas negali būti teismo darbo kokybės matas (kaip ir beisbole, geriausias smūgiuotojas nėra tas, kuris išmuša mažiausiai). Šioje vietoje aš pripažįstu profesinį tendencingumą.

[52] Mokslas taip pat yra kultūra, tačiau jis yra neprivalomo tyrimo kultūra, o teisei tai nebūdinga.

3 SKYRIUS

Kiti praktinio mąstymo teisėje pavyzdžiai

Interpretacija

Jei pamatęs gaisrą jūsų namuose jums skambina kaimynas ir sako: „Dega jūsų namai", jums pravartu sugebėti dekoduoti pranešimą. Tam reikia tam tikros lingvistinės kompetencijos ir, žinoma, gebėjimo suprasti ir manipuliuoti simboliais. Tačiau jums taip pat būtina šį tą žinoti apie pranešėjo rimtumą ir patikimumą, t. y. apie jo būdą, sugebėjimus ir intencijas. Taigi supratimo procesas nėra loginis procesas, kaip dažnai teigia teisėjai ir kiti teisininkai. Kalbama apie žmonių, įpročių (kaip gyvenimas namuose) ir fizinės aplinkos (gaisro padarinių) supratimą, t. y. supratimo formas, kurios priklauso nuo bendro dalijimosi pagrindinėmis gyvenimiškomis patirtimis. Sykiu šis dalijimasis įtraukia įsivaizdavimo procesą. Mes suprantame pranešimą įlįsdami į pranešėjo „kailį"[1]. Mes imame įsivaizduoti, kad matome degantį namą ir mėginame pranešti apie tai savininkui, o pranešėjo ketinimų ir mūsų įsivaizduojamos rekonstrukcijos sutapimas, pastarosios sėkmė padeda pranešimui pasiekti savo tikslą. Vaizduotės vaidmuo suvokime yra viena iš priežasčių, kodėl jūs galite suprasti, kad posakis „Aš suvalgyčiau savo skrybėlę" yra ironiškas (kita priežastis yra ta, kad čia yra gerai žinoma idioma). Jūs puikiai žinote, kad niekada nemėginsite suvalgyti skrybėlės (nors ji ir mažesnė už dramblį), ir darote išvadą, kad aš šiuo požiūriu esu toks pat kaip jūs, kad irgi nemėginčiau[2].

Skirtumą tarp loginio teiginio ir pranešimo galima paaiškinti silogizmu iš 1 skyriaus „visi žmonės mirtingi". Jo išvada, kad Sokratas yra mirtingas, yra loginis teiginys. Tačiau, jei jūs man teigsite, kad Sokratas yra mirtingas, šis pareiškimas tebus pra-

[1] Tai nereiškia, kad klausytojas turi sugebėti atkurti pranešėjo sąmonėje esantį vaizdą savo sąmonėje. Štai pavyzdys iš Geraldo MacCallumo (paremtas Wittgensteinu – žr. *The Blue end Brouwn Books* 3, 1958). Tarkime, jūs paprašote padėjėjo atnešti visas galimas pelenines posėdžiui, kuriame dalyvaus daug rūkalių, tačiau jūs nežinote tiksliai kiek (pavyzdys, kuris, berods, tinka MacCallumo straipsniui). Būtų idiotiška, jei padėjėjas sugrįžtų tuščiomis tuo pretekstu, kad jis nebuvo tikras, ar jūs, pasiųsdamas ieškoti, turėjote omenyje kaip tik tas pelenines, kurias jis matė. Žr. MacCallum, *„Legislative Intent"*, in *Essays in Legal Philosophy*, Robert S. Summers ed. 1968, p. 237, 256–257. Todėl vizualus įsivaizdavimas mano pavyzdyje apie gaisrą nėra esminis.

[2] MacCallumo pavyzdyje apie pažodinio suvokimo klaidingumą padėjėjas, vykdydamas prašymą atnešti visas pelenines, kurias galima surasti, nugriauna keletą sienų, o kai kurias pelenines pavagia. *Idem*, p. 256–257.

nešimas, o jam suprasti man reikės daug daugiau žinoti nei logikos taisykles ir žodyno turinį. Pareiškimas gali neturėti jokio prasminio siekio: jį gali pakartoti papūga, kažkur išgirdusi ir nieko nesuprasdama. Aš galiu nesuprasti, kas sakoma: jūs galite turėti omenyje savo numylėtinį gyvūną „Sokratą", o ne iš Atėnų kilusį bendravardį. Gali atsirasti painiavos dėl atskirų žodžių reikšmės: gal į žodį „mirtingas" jūs norėjote įdėti reikšmę „klystantis", o ne „pasmerktas mirti". Gali būti netikrumo ir dėl pasakymo nuotaikos: pabrėžiant pirmą žodį ir kitu tembru ištariant paskutinį galima sukelti abejonę teiginiu, o ne pateikti jį kaip tiesą.

Kaip rodo paskutinis pavyzdys, žodinio pranešimo nesupratimo pavojus sumažėja, jei pranešėjo intonacija ir veido išraiška padeda išsklaidyti žodžių neaiškumą; intonacija ir veido išraiška yra lyg papildomi žodžiai. Nors intonacija ne visuomet išsklaido neaiškumus, nes ji gali tik pridėti neaiškumo kaip ir papildomi žodžiai, klausytojas gali pasitikslinti su pranešėju. Rašytinio pranešimo nesupratimo potencialas paprastai didesnis. Bet ne visada: dokumentai dažnai kuriami laisvai, specialiai rūpinantis aiškumu. Tačiau kaip rūpestingai bebūtų parašytas dokumentas, nesupratimo potencialas yra didžiulis, jei autorius jau yra miręs, jei jį sukūrė koks nors komitetas (kurio nariai taip pat mirė), jei jis yra parašytas užsienio kalba arba prieš kelis šimtus metų. Konstitucijos aiškinimas susiduria su visomis šiomis problemomis, išskyrus vertimą iš užsienio kalbos, tačiau tam tikra prasme 18 a. anglų kalba yra svetima kalba. Netgi neseniai įsigaliojusių statutų aiškinimas yra bauginantis užsiėmimas, nes autoriai galėjo būti nenumatę ar neišsprendę, arba numatę, bet nutarę nespręsti iškilusio klausimo dėl aiškinimo ir taikymo. Pastarasis pastebėjimas parodo, kodėl teismų išvadų aiškinimas yra lengvesnė problema teisėjams nei statutų aiškinimas. Jei ankstesnėje išvadoje kažkoks klausimas nebuvo sprendžiamas, tai yra puikus pagrindas nelaikyti išvados autoritetinga tuo klausimu ir ieškoti atsakymo kitur.

Galime manyti, kad pranešimo sėkmė priklauso nuo siuntėjo ir gavėjo turimos tapačios patirties (kaip MacCallumo pavyzdžiuose apie rūkymą ir daiktų atnešimą 1 ir 2 išnašose) arba nuo gavėjo vaizduotės funkcionavimo (o šie du dalykai galų gale gali būti tas pats), tačiau reikšmingiausias čia yra socialinis atstumas tarp siuntėjo ir gavėjo. Paprastai žmogus gali suprasti tai, ką pats sako (net jei tai sudėtinga), nes jis yra savo paties „kailyje". Tačiau skaitydamas tai, ką pats parašė prieš daug metų, t. y. tuomet, kai galbūt buvo kitu žmogumi, jis gali turėti sunkumų atkurti vaizdą. Seniai susituokusios poros supranta vienas kito fragmentiškus posakius geriau nei pašaliniai, kadangi sutuoktiniai yra supanašėję dėl daugybės bendrų potyrių (ir pritaikę kalbą tiksliai pagal savo komunikacijos poreikius, kaip pritaikomi žodžių procesoriaus formatai). Lygiai tas pats atsitinka su dvyniais, kartu užaugusiais ar vienodai išauklėtais asmenimis. Kuo artimesni ryšiai yra bendruomenėje, kuriai priklauso pranešėjas ir gavėjas, tuo lengvesnė išaiškinimo užduotis. Atitinkamai kuo vieningesnė bendruomenė, tuo mažesni neišvengiamo „triukšmo" komunikacijos kanaluose pašalinimo kaštai: tai dar vienas pavyzdys apie kultūrinio vieningumo svarbą reikšmei nustatyti ir tuo užfiksuoti, kas laikoma objektyviu.

Dabar galime pastebėti, kodėl idėja, jog suvokimas yra kūrybos atkūrimas, o ne iškodavimas, yra romantiška[3]: romantikai mėgino sulaužyti barjerus tarp individų. Tačiau idėja tik iš dalies naudinga šiuolaikiniam teisėjui, ypač aiškinant konstituciją. Šiuolaikinis teisėjas turi mažai ką bendro su konstitucijos rengėjais. Jam būtų visiškai nenaudinga stengtis įsijausti į jų vaidmenis, siekiant išsiaiškinti, ar jie norėjo panaikinti įstatymus dėl abortų, sodomijos draudimo, uždrausti akcijų perėmimus, pozityviąją diskriminaciją, specialius baudžiamuosius įstatymus arba įstatymus dėl studentiškų laikraščių ar pornografinių kasečių cenzūros. Tinkamas veikimas nėra tas, kuriuo dalijamės su rengėjais. Šie neturėjo tos patirties, kurią turime mes, jie nežinojo to, ką mes žinome (o mes užmiršome tai, ką jie žinojo), ir mes neturime „rakto" atspėti, kaip jie būtų pritaikę mūsų patirtį prie savo vertybių. Net ir dabartinė aiškinimo bendrija, susidedanti iš įstatymų leidėjų ir teisėjų, kurie aiškina įstatymų leidėjų aktus, ne visuomet veikia kaip sutuoktinių pora arba besišnekučiuojančių prie pietų stalo draugų būrelis[4].

Romantiškas įsivaizduojamo rašytojo ir skaitytojo susijungimo idealas, perkeltas į teisę, gali būti ne tik neįmanomai sunkus, bet ir netikslingas. Nors „teisėkūros ketinimo" – o tai yra grupinis protas, kai net ir atskiro proto koncepcija kelia problemų (žr. 5 skyrių) – hipostazavimas yra filosofijos įžeidimas, statutai ir konstitucinės nuostatos yra tiksliniai pareiškimai. Dažnai jų tikslai gali būti išaiškinti iš teksto ir kon-

[3] Būtent Schleiermacherio. Žr. Richard E. Palmer, Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer, 1969, p. 84–97. Tačiau ji yra senesnė: anksčiau už Schleiermacherį ją paskelbė Viko (žr., pavyzdžiui, R. G. Collingwood, *The Idea of History*, 1946, p. 65), o dar anksčiau – Aristotelis. Tarp Aristotelio ir Viko buvo Anglijos teisėjas Edmundas Plowdenas – žr. Eyston v. Studd, 2 Plow., 1574, p. 459, 467, aptariama Warren Lehman, „How to Interpret a Difficult Statute", Wisconsin Law Review, 1979, p. 489, neminint jau ankstesnių Anglijos teisėjų, kurie aptariami Theodore F. T. Plucknett, *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, 1922. Žr. Harold Dexter Hazeltine, „General Preface", idem, p. v, xxii. Pats Aristotelis pritaikė idėją teisei: „Teisė yra universali, tačiau kai kuriems dalykams neįmanoma nustatyti universalių nuostatų, kurios būtų teisingos. Tais atvejais, kai reikia kalbėti universaliai, bet neįmanoma to padaryti teisingai, teisė imasi įprasto atvejo, nors puikiai suvokia klaidos galimybę. Ir nepaisant to, ji yra teisi, nes klaida yra ne teisėje ar teisėkūroje, o paties dalyko prigimtyje ... [Todėl] yra teisinga tuomet, kai teisės kūrėjas mus apvilia ir suklysta dėl perdėto paprastumo, ištaisyti spragą ir pasakyti tai, ką teisės kūrėjas pats būtų pasakęs, jei būtų galėjęs dalyvauti, ir būtų įdėjęs į įstatymą, jei būtų žinojęs". *Nicomachean Ethics*, Bk. V. § 10, in *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*, Jonathan Barnes ed. 1984, t. 2, p. 1795–1796 (graikiškame tekste p. 1137, b stulpelis, II. 12–24). Taip pat žr. *Rhetoric*, Bk. I, § 13, in *idem*, t. 2, p. 2188 (graikiškame tekste p. 1374, a stulpelis, II. 18–36; b stulpelis). Žr. taip pat Raymond B. Marcin, *„Epieikeia: Equitable Lawmaking in the Construction of Statutes"*, 10 *Connecticut Law Review*, 1978, p. 377. Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart ed., 1970, p. 164–165, įdomiai performuluoja Aristotelio mintį.

[4] Hartas ir Sacksas šią problemą atskleidė savo įtakingoje interpretacijos kaip kūrybingo atkūrimo versijoje, teigdami, kad teisės kūrėjai yra tokie patys kaip teisėjai. „Teismas turėtų stengtis vaizduotėje pasijusti nuostatą priėmusiu teisės kūrėju ... Jis turėtų daryti prielaidą, kad įstatymų leidimo organą sudarė protingi žmonės, protingais būdais siekiantys protingų tikslų, išskyrus jei yra neabejotinų įrodymų, kad buvo priešingai." Henry M. Hart, Jr. ir Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, bandomasis leid. 1958, p. 1414–1415.

teksto (įskaitant ir tą, ką kūrėjai pasakė apie tekstą komiteto pranešimuose, posėdžiuose ar debatuose) ir panaudoti interpretacijos klausimams atsakyti tokiu būdu, kuris leistų pajudėti į priekį įsigaliojimu sukurtą bendrą tikslą. Nebūtina „įlįsti" į teisės kūrėjo „protą", kad suprastum ir vykdytum įstatymo paliepimus. Tačiau vaizduotėje gali reikėti numatyti alternatyvių interpretacijų pasekmes, ir ta interpretacija, kurios pasekmės, viską įvertinus, yra geresnės, savaime gali būti „teisinga" interpretacija.

Tas faktas, kad interpretacija yra mįslingas procesas, kitoks nei logika ir mokslinis stebėjimas, nėra savaime iššūkis teisės objektyvumui. Procesas, kuriuo mokslininkai pasirenka kokią nors hipotezę tikrinti, ir kurį Charlesas Sandersas Peirce'as pavadino „pagrobimu", yra taip pat mįslingas, bet mes žinome, kad jis veikia, nes galime patikrinti rezultatus. Komunikacijos rezultatus taip pat dažnai galime patikrinti. Jei išsiunčiu kvietimus į vakarėlį tam tikroje vietoje ir tam tikru metu, darau prielaidą, kad gavėjai (arba jų dalis) atvyks į tą vietą nurodytu laiku. Jei jie atvyksta, prielaida pasitvirtina, o sykiu ir tinkamos komunikacijos teorija, iš kurios ji išvesta. Tačiau statuto arba konstitucijos tipo komunikaciją sunku patikrinti. Ši problema, sukelianti daugybę nepatikimų požiūrių į statutų interpretaciją, nagrinėjama 9 ir 10 skyriuose.

Priemonių ir tikslo racionalumas

Orų prognozė pranašauja lietų ir aš, išeidamas iš namų, turiu nuspręsti, ar imti skėtį, ar ne. Aš tuoj pat įvertinsiu (laibai greitai, galbūt nesąmoningai) tikimybę, kad prognozė pasitvirtins, diskomfortą būti sulytam, nepatogumus nešiotis skėtį ir tikimybę jį pamesti. Toks analizės tipas, kurį ekonomistai vadina kaštų ir naudos analize, o praktinio proto filosofai – priemonių ir tikslo racionalumu, yra svarbus visose mąstymo srityse ir, žinoma, teisiniame mąstyme. Alternatyvių teisės normų pasirinkimas dažnai priklauso nuo apsisprendimo, kurios iš jų labiau atitinka kažkokį pamatinį tikslą. Matėme tai diskutuodami apie interpretaciją. Tačiau apsisprendimo procesas yra daugiau politika ar etinė analizė nei kažkas unikalaus teisėje. Kai susitariama dėl tikslo ir yra aišku, kuri iš dviejų alternatyvių taisyklių, interpretacijų ar taikymo būdų geriau tinka jam pasiekti, tuomet tai, ką aš vadinu politika ar etine analize, paskatins apibrėžtą išvadą. Tai yra puiku, tačiau tai neidentifikuoja išskirtinio teisinio mąstymo metodo.

Panagrinėkime seną teismų praktikos mįslę, ar pagal testamentą paveldėtojui, kuris nužudo testatorių, leidžiama paveldėti[5]. Šis atvejis kartais analizuojamas kaip kolizija tarp principo, kad dovanojimo ketinimai turi būti gerbiami, ir principo, kad niekas neturi gauti naudos iš savo paties nusižengimų[6]. Alternatyvus metodas išspren-

[5] Geriausiai žinoma iš žudikų-paveldėtojų bylų yra *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188, 1889.

[6] Žr., pavyzdžiui, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. 15–20; kritiką žr. Charles Silver, „*Elmer's Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin*", 6 Law and Philosophy 381, 1987.

džia koliziją ir pademonstruoja ir priemonių ir tikslo racionalumo teisiniame mąstyme naudą, ir jo artimą ryšį su vaizduote, kuri yra pagrindinis pagalbininkas ieškant alternatyvų šiame pasaulyje[7]. Šis metodas klausia, ar testatorius, jei žinotų apie galimybę būti nužudytam paveldėtojo, nepridėtų sakinio, atimančio palikimą iš žudiko. (Atkreipkite dėmesį į analogiją su metodu, panaudotu ankstesniame skyriuje nustatyti, ar kito asmens gyvybę ar turtą išgelbėjęs asmuo turi teisę reikalauti, kad išgelbėtasis padengtu nuostolius.) Beveik neabejotina, kad testatorius tokį sakinį prirašytų, todėl neleidžiant paveldėtojui paveldėti yra gerbiama testatoriaus valia ir nekyla kolizija tarp minėtų teisės principų. (Tai yra „kūrybingos rekonstrukcijos" pavyzdys.) Ši, nors ir labai priimtina, išvada nieko konkretaus teisiniam mąstymui „neskolinga". Kitas alternatyvus metodas, taip pat iliustruojantis priemonių ir tikslo racionalumą, klausia, ar palikimo atėmimas iš žudiko yra tinkamas priedas prie kitų jam taikomų sankcijų. Kiekvienas iš metodų sukuria pagrindą atsakymams į tolesnius klausimus, pavyzdžiui, ar paveldėtojui turi būti uždrausta paveldėti, jei testatorių jis nužudo netyčia.

Aš panagrinėjau žmogžudystės ir paveldėjimo problemą, kadangi ji sutaiko du konkuruojančius *common law* principus, tačiau *Riggs* bylos analizę komplikuoja tai, kad žudikas turėjo paveldėti pagal testamentą, o ne pagal statutą, t. y. tuo atveju, kai nėra jokio testamento. Auka buvo atlikusi visus statutuose keliamus reikalavimus palikimui, o statutuose nebuvo nuostatos dėl palikimo panaikinimo testatoriaus žudiko naudai. Kad galėtų priimti sprendimą prieš žudiką, teismas turėjo išaiškinti, kad statutuose visgi yra tokia implikuotina nuostata. Praktiškai teismas įterpė statute išimtį, kuri yra labai aristoteliška: daugumos balsas *Riggs* byloje cituoja Aristotelio teiginius apie *epieikeia* (teisingumą) – teisės kūrėjų norus tuo klausimu, jei jie būtų galėję numatyti tokią situaciją.

Vincentas Wellmanas teigė, kad priemonių pritaikymui prie tikslo yra naudojamas teisėje pateisinimo metodas. Ir tai tiesa. Ištikimybė precedentui yra tiesiog dar vienas faktorius, politinė nuostata ar principas, į kurį reikia atsižvelgti sprendžiant, ar konkretus sprendimas yra tinkama priemonė teisingumo tikslu[8]. Kol kas viskas gerai. Tačiau Wellmanas mano atradęs, kokia yra ir skiriamoji, ir adekvati teisinio mąstymo forma, nors iš tikrųjų tik aprašo politinių sprendimų priėmimą esant visiškai neaiškiam atvejui. Kadangi tokiomis aplinkybėmis priimami sprendimai yra nepatikimi, nereikia stebėtis, jog jis pripažįsta, kad jo teorija apie teisę kaip praktinį protą „paneigia, kad teisinės išvados gali būti teisingos arba klaidingos"[9]. Jo straipsnis patvirtina abi mano tezės puses: kad teisinis mąstymas nėra ypatingas ir kad jis dažnai nesukuria apibrėžtų išvadų.

[7] Gerus pasvarstymus apie vaizduotės dimensiją apmąstyme žr. John Dewey, *Human Nature and Conduct: An Introduction to Social Psychology*, 1922, p. 189–209.

[8] Žr. Vincent A. Wellman, „*Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*", 57 University of Colorado Law Review, 1985, p. 45, 87–115.

[9] Idem. P. 108.

Turint omenyje priemonių ir tikslo racionalumo tapatybę kaštų ir pelno analizėje ir 1 skyriuje paminėtą artimą ryšį tarp loginio mąstymo ir ekonominių modelių, kaip, pavyzdžiui, Learnedo Hando formulė nerūpestingumui, galima suprasti, kodėl ekonomika pastaraisiais metais taip prasiskverbė į teisę: teisinio mąstymo struktūra daugeliu atvejų yra ekonominė. Pasipriešinimas tokiai raidai yra taip pat suprantamas. Teisėjai ir kiti teisininkai nenori pripažinti, kad teisinis mąstymas yra smarkiai paveiktas politinių, ekonominių ar kitų nuostatų. Rupertas Crossas yra pasakęs, kad „kai teisėjas byloje svarsto kiekvienos šalies „už" ir „prieš" (nesant precedento), nėra vieno pripažinto mąstymo būdo"[10]. Tokio analitinio metodo, neturinčio net savo vardo, nerimą keliantis bruožas yra tas, kad teisėjai yra linkę pasverti „už" ir „prieš" skirtingai.

Netgi logika gali būti išdėstyta priemonių ir tikslo racionalumo terminais. Teisininko kritiškai naudojama logika yra nuoseklumo siekimo metodas. Nuoseklumas, kaip ir logika, yra vertinamas, nes leidžia priemones pritaikyti prie tikslo. Toks pritaikymas yra racionalumo šerdis, o logika ir racionalumas yra artimai susiję. Nors ir nepažįstamas kaip terminas daugeliui teisėjų ir teisininkų, priemonių ir tikslo racionalumas yra arčiau teisinės veiklos centro už logiką, kuria ši profesija yra tiesiog apraizgyta. Arba už analoginį mąstymą. Esminis žingsnis nusprendžiant, ar grobio taisyklė zuikiams ir lapėms turėtų būti taikoma ir naftai bei dujoms, ar gyvybės išgelbėtojo teisė į apdovanojimą turėtų būti taikoma ir turto išgelbėjimo atveju, yra ankstesnėse bylose arba kituose šaltiniuose surasti tikslą ir tuomet nuspręsti, kuris sprendimas naujoje byloje geriausiai ir su mažiausiais kaštais atitinka tą tikslą.

Aš priskyriau priemonių ir tikslo racionalumą prie praktinio mąstymo, tačiau alternatyvi klasifikacija, kuri į vieną grupę su interpretacija, analogija ir autoritetu priskiria ir logiką, o tikslų stebėjimą sugrupuoja su priemonių ir tikslo racionalumu, leidžia atskirti formalistinį ir pragmatinį mąstymą. Teisininkas tikisi, kad pirmosios grupės metodai leis, naudojant turimas žinias, atsakyti į naują klausimą minimaliai jį tiriant. Jei visi A yra B, o C yra A, tai galime teigti, kad C yra B netirdami, ar iš tikrųjų C yra B. Kitaip tariant, jei mes išaiškiname statutą, draudžiantį X veiką, ir po to reikia nuspręsti, ar statutas taikomas Y veikai, mums užtenka sužinoti, ar Y veika yra X veikos atvejis, o tam gali pakakti ir labai paviršutiniško Y tyrimo. Jei visiškai pasitikėtume analoginiu mąstymu, galėtume nuspręsti, kad naftai ir dujoms grobio taisyklė taikoma, neaiškindami nieko daugiau, kaip tai, kad jos teka, o ne stovi vietoje. Priemonių ir tikslo racionalumas ir tikslus stebėjimas, priešingai, reikalauja tiesioginio naujojo klausimo tyrimo, nors jau turimos žinios suteikia būtiną sąlygą tam tyrimui. Šios dvi mąstymo metodų grupės skiriasi pagal norą spręsti naująjį klausimą jo paties terminais, o ne ieškoti atsakymo, remiantis tik sena patirtimi. Pirmoji grupė žvelgia at-

[10] *Precedent in English Law*, 3d ed. 1977, p. 194. Visas Kroso knygos pavadinimas yra labai tinkamas: kaip matysime kitame skyriuje, Anglijos teisėjams netenka taip dažnai priimti politinių sprendimų kaip Amerikos teisėjams.

gal kaip Blekstounas, antroji – į priekį kaip Benthamas. Teisininkai yra linkę žvelgti atgal. Štai kodėl jie vertina precedentą kaip autoritetą, o ne kaip pasitikrinimo galimybę. Precedentas jiems yra daugiau veikimo priežastis nei potencialiai naudinga informacija sprendžiant, kaip veikti.

Tylus žinojimas

Tokie skirtingi filosofai kaip Michaelis Polanyi ir Gilbertas Ryle'as yra pabrėžę, kad dalis mūsų sudėtingiausio mąstymo yra tyli, nesąmoninga[11]. Matematinė formulė, kaip atsisėsti ant dviračio ir nenukristi, yra labai sudėtinga, tačiau žmonės išmoksta važiuoti dviračiu ir nežinodami formulės. Žmonės laikosi labai sudėtingų kalbos taisyklių (gerokai pralenkdami tai, ko mokoma – gramatikos, sintaksės ar žodyno vardan), neturėdami sąmoningų žinių apie tas taisykles, dėl ko Noamas Chomsky, Jerry Fodoras ir kiti padarė išvadą, kad žmogus tikriausiai turi įgimtą gabumą kalbai. Daugelis žymių rašytojų tiesiog „rašo savo plunksnakočiu" ir tokių pavyzdžių yra ne tik literatūroje[12]. „Mąstymas" yra tiek nesąmoningas, kad pati „proto" koncepcija tampa problemiška.

Tylus žinojimas yra svarbus teisiniame mąstyme. Teisininkai įgyja nevisiškai artikuliuotą nuojautą, kokie argumentų tipai patenka į teisinį arsenalą, o kokie – ne (vėl „teisininko mąstymas"). Tai galima palyginti su tuo, kaip asmuo, kuriam anglų kalba yra gimtoji, pataiso besimokantįjį, pasakiusį *red large barne*. Anglas tikriausiai nežino jokios būdvardžių tvarką nustatančios taisyklės, tačiau *red large barne* jam paprasčiausiai neskamba. Teisėje taip pat yra daugybė logiškų „ėjimų", tačiau patyrusiam teisininkui jie tiesiog neatrodys teisingi.

Kartais kalbama apie teisininkus, kurie turi gerą nuovoką – neapsakomą atsargumo, išskyrimo, vaizduotės ir sveiko proto derinį. Tačiau tai yra kitas reiškinys. Sumanumas ir nuovokumas yra mažai susiję su teisės mokymu ir patirtimi (ir daug susiję su amžiumi), kadangi tai yra savybės, kurios daro įtaką teisės metodams, duomenims ir patirčiai, o ne kyla iš jų. Jauni teisininkai neturi geresnės nuovokos nei to paties amžiaus ir išsilavinimo asmenys kitose gyvenimo srityse.

[11] Žr., pavyzdžiui, Michael Polanyi, „*The Logic of Tacit Inference*", in Polanyi, *Knowing and Being: Essays*, Marjorie Grene ed. 1969, p. 138; Michael Polanyi ir Harry Prosch, *Meaning*, 1975, p. 46–65; Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, 1949, 2 sk. (pabrėžia skirtumą tarp „žinojimo kaip" ir „žinojimo kad"). Tačiau cf. John Searle, *Minds, Brains and Science*, 1984, p. 51–52.

[12] Esu pateikęs keletą nesąmoningo literatūrinio kūrybingumo pavyzdžių savo knygoje *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988, p. 231–232. Wittgensteinas sakė, kad, atsisėdęs rašyti filosofijos, neturėjo jokio supratimo, ką žada pasakyti. Žr. *Culture and Value*, 17e, G. H. von Wright ed. 1980. Štai kito žymaus filosofo liudijimas: „tik rašydamas atrandu, ką galvoju, ir beveik niekada tai nebūna tai, ką galvojau pradėdamas". Donald Davidson, „*Postscript to Replies*", in *Essays on Davidson: Actions and Events*, Bruce Vermazen and Merrill B. Hintikka eds. 1985, p. 253.

Pagrindinis sunkumas, norint tylaus žinojimo koncepciją panaudoti apginti nuomonei, kad teisė yra apibrėžta ir teisinis mąstymas – išskirtinis, yra tas, kad jeigu toks žinojimas nėra sulygtas (kaip mano pavyzdyje apie kalbą, kuriame anglas apibrėžiamas kaip tyliųjų anglų kalbos taisyklių žinovas), jis gali būti įvertintas tik stebint jo panaudojimą. Dviratininko tylųjį žinojimą įvertiname stebėdami jo važiavimą; jei jis nuolat krinta, darome išvadą, kad jam trūksta žinojimo. Kokie yra laikančio pusiausvyrą ir krintančio dviratininko atitikmenys teisėje? Teisinių paslaugų rinka suteikia tam tikrų kriterijų teisininkų praktikų darbui įvertinti, tačiau šie kriterijai nėra tobuli, nes informacija apie priežastingumą yra padrika; apie sėkmingą techniką teisėje yra žinoma labai mažai. Tačiau pakankamai aišku, kad teisinio mąstymo gabumai, kurie, pavyzdžiui, įvertinami egzaminų metu, tėra tos technikos dalis. Žinomų teisininkų darbų stebėjimas suteikia ne visus ir dažnai klaidinančius įrodymus apie teisinio mąstymo gabumus. Teismų darbo įvertinimas taip pat sudėtingas, dėl ko savo ruožtu pasunkėja išsiaiškinimas, kurie teisėjai yra pakankamai apdovanoti reikalingu tyliuoju žinojimu.

Problema yra ta, kad yra labai mažai žinoma apie teisinių sprendimų pasekmes. Neprieinami ne tik įprastiniai moksliniai tikrinimo metodai, bet ir kasdieniai pastebėjimai ar patirtis, kuri leidžia mums koreguoti savo elgesį važiuojant dviračiu ar keičiant saugiklį, ar surenkant kokį nors įrengimą. Sveikas protas negali atsakyti į klausimą, ar politinei ir religijos laisvei reikalingas platus 1-osios pataisos aiškinimas, arba ar teisės pažeidimo sukeltų nuostolių atlyginimo taisyklė turi numatyti išimtį nepagrįstai policijos kratai[13]. Kai sunku įvertinti proceso rezultatą, vietoj jos žmonės dažnai vertina indėlį į procesą. Tai gali būti viena iš priežasčių, kodėl darbdaviai (ypač akademiniai) taip pabrėžia teisininko formalius vertinimus. Daug lengviau nustatyti, ar teisininkas gerai mokėsi teisės mokykloje nei nustatyti, ar jis yra geras teisininkas. Tačiau indėlį į teismų sprendimų priėmimą sunku net ir stebėti, nekalbant jau apie rezultatus. Mūsų šalyje pirmą kartą į teismą skiriami teisėjai paprastai būna vidutinio amžiaus, o jų ankstesnis akademinis įdirbis nebūtinai yra tvirta, nors ir naudinga, prielaida teisėjo sėkmei. Neproporcingai mažai žymių teisėjų buvo pavyzdingi studentai (iš karto prisimenu Brandeisą, Frankfurterį ir Friendly), tačiau kai kurie pavyzdingi studentai netapo gerais teisėjais. Todėl, net jei politiškai įmanoma, būtų didelė klaida teismus prigrūsti akademiškai gabių asmenų. Tai atimtų iš teismo reikiamą įvairovę. Atmetus akademinį šaunumą, nežinia, kokie dar pastebimi bruožai prognozuoja sėkmingą teisėjo praktiką. Ir tik dalinai tą nežinią nulemia skirtingos nuomonės, koks iš tikrųjų turėtų būti puikus teisėjas.

Ši diskusija yra susijusi su klausimu, ar teisė yra autonomiška disciplina. Net jeigu teisininko analitinės priemonės nesiskiria nuo kasdieniame gyvenime naudojamų

[13] Apie sunkumus vertinant teisės pasekmes, žr., pvz., Gerald N. Rosenberg, *„Protecting Fundamental Liberties: The Constitution in Context"* (nespausdintas darbas, University of Chicago, Department of Political Science, 1988); Richard A. Posner, *„The Constitution as an Economic Document"*, 56 *George Washington Law Review* 4, 16987, p. 27–31.

analitinių priemonių, galbūt jos yra tiek ištobulintos mokymo ir patirties, kad pereina į kitą kokybę. Kaip analogiją galėtume pateikti skirtumą tarp profesionalaus muzikanto ir mėgėjo. Tačiau tai nėra labai artima analogija. Skirtumą tarp muzikantų galime pajusti jų klausydamiesi; tačiau kaip mes palyginsime teisininkų ir kitų mąstytojų analitinę galią? Akivaizdu, kad teisininkai daug stipresni teisiniais klausimais. Tačiau daug klausimų gali būti pateikta arba kaip teisės, arba kaip politikos (ar etikos), pavyzdžiui, abortų klausimas. Kokiu būdu nuspręsime, ar geriausia juos formuluoti kaip teisės ir perduoti spręsti teisininkams?

Nors tik iš dalies pritaikoma teisinio pagrįstumo klausimams, tylaus žinojimo koncepcija suteikia priešnuodį skepticizmui dėl teismo proceso. Diskutuodami apie procesą, teisėjai, advokatai ir teisės profesoriai dažnai priskiria teisėjams nerealistinius mąstymo, išskyrimo ir analizės sugebėjimus, kurie iš tikrųjų nesiderina su teisėjų darbo sąlygomis ir su jų atrankos kriterijais. Teisėjų minčių vaizdavimas šiose diskusijose yra tikrai nerealistinis ir išpūstas – toks pat būtų ir dviratininko, matematiškai skaičiuojančio, kaip nenuvirsti, modelis. Bazinių žinių, išsilavinimo, neteisminės ir teisminės patirties dėka, taip pat iš dalies tiesiog dėl priklausymo bendruomenei teisėjai sugeba priimti sprendimus, kuriuos sumodeliuoti galima tik labai sudėtingais terminais, nors patys teisėjai tais terminais nemąsto[14]. Taigi gali rastis labai puikių teismo sprendimų, tačiau mes nesugebėsime atskirti, kurie iš jų yra labai puikūs.

Pastarasis pastebėjimas primena įsitikinimų, sprendimų bei veiksmų formavimo ir argumentavimo atskyrimą. Tylus žinojimas yra būdas nuspręsti, ką (ir kaip) daryti, bet jis netinka sprendimo ar veiksmo argumentavimui. Visas argumentavimas atsiremia į veiksmą arba, kaip mano pavyzdyje apie kalbą, į pasakymą. Pataisydami žodžių tvarką, jūs neįrodinėjate taisyklės, kad dydžio būdvardis eina prieš spalvos būdvardį, ir tikriausiai net nežinote, kad tokia taisyklė egzistuoja. Jūs tiesiog teisingai išdėstote žodžius. Kai kalbame apie teisinį mąstymą, paprastai turime omenyje principų ir kitų nuostatų, parodančių sprendimo teisingumą, artikuliaciją. Ši artikuliacija negali parodyti ar įrodyti tylaus žinojimo.

Išbandymas laiku

Nepakankamai įvertintas praktinio proto įrankis yra teiginio išbandymas laiku ir jo patvirtinimas, jei testas išlaikomas. Nors testai yra ypač svarbūs estetiniame vertini-

[14] Palyginkite su Johnu Dewey: „Ilgai trunkantis aplinkybių svarstymas, artimas kontaktas ir stiprus susidomėjimas, pasinėrimas į daugybę panašių atvejų sukuria tuos sprendimus, kuriuos vadiname „intuityviais", tačiau jie yra tikriausi sprendimai, pagrįsti protinga atranka ir įvertinimu, o jų kokybę parodo išspręstos problemos". *How We Think: A Restatement of the Relation of Reflective Thinking to the Educative Process*, 1933, p. 124. Ir palyginkite J. H. Hexter išryškintą kontrastą (perfrazuojantį Coke'ą ir Hale'ą) tarp eilinio teisininko pasinėrimo į detales ir nuodugnaus jų tyrimo, kuris veda į „išlavintą patyrimu paremtą budrumą", ir logikos specialisto „analitinio deduktyvaus efektyvumu". *„Thomas Hobbes and the Law"*, 65 *Cornell Law Review*, 1980, p. 471, 485.

me[15], jie taip pat taikomi vertinant faktinius (įskaitant mokslinius) ir netgi teisinius teiginius. Tai yra padailinta idėja, kad jei ką nors mano dauguma žmonių, tai tikriausiai yra tiesa. Pati idėja yra nenaudinga, net jeigu „tiesą" laikysime prasminga ir vertinga koncepcija. Dauguma žmonių nieko nesupranta apie daugelį dalykų, o istorija yra tiesiog „užteršta" susitarimais dėl faktų, kurie, kaip mes dabar žinome, arba manome žiną, yra klaidingi. Tačiau kuo ilgiau masinis įsitikinimas išlieka, atsispirdamas požiūrių, kultūros bei žinių evoliucijai, tuo didesnė tikimybė, kad jis yra teisingas; keleto kartų konsensusas yra patikimesnis (neįmanoma visą laiką apgaudinėti visų). Didžioji dalis mūsų sveiko proto ir elementarių moralinių įsitikinimų yra patvirtinti būtent tokiu būdu.

Išbandymas laiku yra sveiko proto idėja; suprantama, kad būtent taip ją pateikė pirmasis ją iškėlęs įtakingasis Samuelis Johnsonas bei tokie žymūs jo pasekėjai kaip George'as Orwellas[16]. Tačiau jos filosofinė, mokslinė ir ekonominė kilmė yra įdomi. Galima teigti, kad ji remiasi pragmatiška idėja, jog konsensusas yra vienintelė darbinė tiesos koncepcija, jeigu atmesime ginčytiną išimtį dėl elementarių loginių ir matematinių tiesų. Tai nereiškia tiesos prilyginimo konsensusui – būtų didelė klaida. Pasakymas „visi, išskyrus mane, tiki teiginiu p, tačiau p yra neteisingas" nepiktnaudžiauja žodžiu „teisingas". Iš tikrųjų teigimas, kad radus konsensusą atrandama tiesa, slopintų tyrimą. Iššūkis nusistovėjusiems įsitikinimams yra esminis intelektinės pažangos akstinas. Tai reiškia, kad nusistovėję įsitikinimai dažnai yra klaidingi, ir iš tiesų taip yra. Konsensuso prilyginimas tiesai reikštų, kad kažkada Žemė buvo plokščia, o dabar yra apvali; kad anksčiau Saulė sukdavosi aplink Žemę, o dabar Žemė sukasi aplink Saulę. Imant pažodžiui, tai reikštų, kad heliocentrinė teorija taptų neteisinga

[15] Žr. Anthony Savile, *The Test of Time: An Essay in Philosophical Aesthetics*, 1982; Law and Literature, op. cit. 12. Apie jo naudojimą teisėje žr. Edwin W. Patterson, *„Historical and Evolutionary Theories of Law"*, 51 *Columbia Law Review*, 1951, p. 681, 685. Pattersonas cituoja Dewey ir Jamesą, parodo išbandymo laiku ir pragmatinės filosofijos gimininingumą.

[16] Žr. Johnson, *„Preface to the Plays of Shakespeare"*, in *Samuel Johnson: Selected Poetry and Prose*, Frank Brady and W. K. Wimsatt eds., 1977, p. 299, 300; David Hume, „Of the Standard of Taste", in Hume, Essays: Moral, Political, and Literary, Eugene F. Miller ed., 1985, p. 226, 231–233; Orwell, *„Lear, Tolstoy, and the Fool"*, in *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, t. 4, Sonia Orwell and Ian Angus eds., 1968, p. 287, 290; taip pat kitos referencijos *Law and Literature*, op. cit. 12, p. 71–74. Naujausią išbandymo laiku kritiką literatūroje žr. Barbara Herrstein Smith, *Contingencies of Value: Alternative Perspectives for Critical Theory*, 1988, p. 47–53. Ji teigia, pavyzdžiui, kad, kadangi Homeras nieko nereiškia daugeliui žmonių Afrikoje, jo įsitvirtinimas vakarietiškoje kultūroje galimas dėl kultūriškai specifinių funkcijų. Tai yra garantuota, tačiau kyla klausimas, kodėl Homeras, o ne *Egipto mirusiųjų knyga* ar *Gilgamešo epas*? Ar čia tik rasizmas, kaip gali atrodyti skaitant Martin Bernal, *Black Athena: The Afroasiatic Roots of Classical Civilisation*, t. 1, *The Fabrication of Ancient Greece*, 1987, p. 1785–1985? Ar yra kažkas specifiško Homero epuose, dėl ko net po dviejų tūkstančių metų jie vyrauja Vakarų kultūroje? Smitho darbas yra dalis augančios „patrankų gausmo" mokyklos, kurios keliami klausimai yra per daug tolimi nagrinėti šioje knygoje. Kitas šios mokyklos pavyzdys yra Jane Tompkins, *„Masterpiece Theater: The Politics of Hawthorne's Literary Reputation"*, 36 *American Quarterly*, 1984, p. 617.

žmonijos sunaikinimo atveju[17]. Lygiai toks pat paradoksas tinka ir dabartinės nuomonės kaip tiesos kriterijaus naudojimui, t. y. teiginiui, kad Žemė yra apvali, nes šiuo metu prieinami metodai tą patvirtina, nors ateities priemonės gali parodyti ką kita. Tai prilygsta pasakymui, kad Žemė yra tikrai apvali, tačiau praėjus šimtui metų mes tai galime žinoti tvirčiau – painus pareiškimas.

Pragmatikai mano, kad tiesa yra tai, ką laisvas, netrukdomas ir nenutrūkstamas tyrimas galų gale atskleis apie tyrimo objektus[18]. Kadangi tyrimo procesas yra begalinis, tiesa visuomet yra už horizonto: ji ten, o mes visada čia. Pragmatinė tiesos koncepcija sudėtingai susijusi su laiko išbandymu. Pragmatinė koncepcija yra nukreipta į priekį: tiesa yra dar nepasiektas tikslas, tačiau tinkamomis sąlygomis galima tikėtis jį pasiekti. Išbandymas laiku žvelgia atgal: dalis mūsų įsitikinimų yra teisingi, o kadangi jie yra patys seniausi, tai tikriausiai sutelkia plačiausią konsensusą. Tačiau abu požiūriai vienodai nurodo tiesą kaip įsitikinimo formavimosi laike procesą. Jie pradeda nuo įprastinio terminų vartojimo, kur „tiesa" ir „įsitikinimas" yra griežtai atskirti (žr. 17-ąją išnašą). Na ir kas? Būtų labiau naudinga pamiršti „tiesą" ir kalbėti apie pagrįstus, o dar geriau (nes silpniau) – garantuotus įsitikinimus (tokia ir yra pragmatizmo tendencija), pripažįstant, kad praktiškai labai sunku atskirti tiesą nuo to, kuo neįmanoma netikėti, ir pabrėžiant, kad konsensusas yra teisėtas, tačiau labai klaidingas argumentavimo metodas.

Tai yra skeptiška pozicija, tačiau ji nėra žeidžianti ar radikali. Jei kortose nėra absoliučios tiesos, nereikėtų nusiminti jos neradus. Tai nereiškia, kad ten, ką vadiname realybe, mums nelieka jokių šešėlių. Pragmatiškas skepticizmas nėra ta skepticizmo rūšis, kuri abejoja žmogaus pažinimui neprieinamo pasaulio egzistavimu ar netgi tiesos (skirtingai nuo jos žinojimo) egzistavimu. Galime sutarti, kad Žemė yra „reali", apvali arba neapvali, o jeigu apvali, tai ir prieš 2500 metų tikriausiai buvo apvali, nors

[17] Šis paradoksas yra ignoruojamas Peirce'o formuluotėje: „Nuomonė, su kuria galiausiai priversti sutikti visi jos tyrinėtojai, yra tai, ką mes vadiname tiesa". *„How to Make Our Ideas Clear"*, in *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, t. 5, Charles Hartshorne and Paul Weiss eds., 1934, p. 248, 268. Williamo Jameso formuluotė „tiesa yra tai, kuo naudinga tikėti" taip pat veda į keletą paradoksų. Žr. Bertrand Russell, „William James's Conception of Truth" in Russell, *Philosophical Essays*, 1910, p. 127. Tačiau Peirce'o visas teiginys – „realu yra tai, prie ko anksčiau ar vėliau priveda informacija ir mąstymas, ir todėl *tai nepriklauso nuo mūsų su jumis užgaidų*" (*"Some Consequences of Four Incapacities"* in *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, op. cit., t. 5, p. 156, 186, apibrėžimas pridėtas) – derinasi su labiau paplitusiais tiesos apibrėžimais, kuriuose panašiai akcentuojamas nepriklausomumas nuo stebėtojo, t. y. objektyvumas yra viena iš stipriausių prasmių. Žr., pavyzdžiui, Hilary Putnam, Representations and Reality, 1988, p. 109 („tiesos savybė yra ta, kad sakinio teisingumas logiškai nepriklauso nuo to, ką tos kultūros atstovų dauguma tiki esant tiesą"). Peirce'o ilgalaikiškumo akcentavimas yra susijęs su jo požiūriu, kad mokslinė indukcija yra statistinio modeliavimo forma. Kuo didesnis modelis, tuo patikimesnės juo paremtos išvados.

[18] Žr. ankstesnę išnašą, taip pat Richard Rorty, *„Is Natural Science a Natural Kind?"* in *Construction and Constraint: The Shaping of Scientific Rationality*, Ernan McMullin ed. 1988, p. 49, 71; Carl Wellman, *Challenge and Response: Justification in Ethics*, 1971; William M. Sullivan, *„After Foundationalism: The Return to Practical Philosophy"*, in *Anti-Foundationalism and Practical Reasoning: Conversations between Hermeneutics and Analysis*, Evan Simpson ed., 1981, p. 21.

bendras konsensusas tuo metu tvirtino, kad ji yra plokščia. Šiandienis konsensusas yra rimtai pagrįstas įrodymais, kurie laikomi įtikinamais (atkreipkite dėmesį į rato elementą šiame pagrindime). Tikimybę, kad mes šiuo klausimu esame teisūs, o protėviai klydo, vertiname kaip labai didelę. Arčiau prie tiesos priartėti neįmanoma, tad dėl ko reikėtų jaudintis?

Nerimauti nėra jokio pagrindo. Kai kurie absurdiškais laikomi įsitikinimai yra labai gyvybingi, tačiau gyvybingumas nelaikomas jų teisingumo įrodymu. Nors dauguma amerikiečių tiki (nors dažniausiai nevisiškai) magija, stebuklais ir astrologija, ir nors šie įsitikinimai yra tūkstančių metų senumo, jie neįtikina netikinčiųjų, kurie tikinčiuosius laiko neišmanėliais ir lengvatikiais. Čia yra pavyzdys dalyko, kuris nepasiduoda išbandymui laiku, o plačiau vertinant – įsitikinimų ir realybės, konsensuso ir teisybės išskyrimo pavyzdys. Ir visgi, net ir būdamas silpnas tiesos nustatymo metodas, išbandymas laiku neturi būti nuvertinamas. Jis padeda ištaisyti konsensuso, kaip tiesos kriterijaus, trūkumus. Būtent dėl to, kad konsensusas yra laikinas, netvirtas ir kintantis kriterijus, kuo jis platesnis tam tikru klausimu, tuo jis patikimesnis. Laikas suteikia galimybę konsensusui plėstis: išplečia franšizę. Jis taip pat išplečia ar netgi padidina mūsų perspektyvą, kas yra gyvybiškai svarbu, jei mes kaip Nietzsche arba Wittgensteinas laikomės perspektyvios tiesos teorijos, kuri, pabrėždama asmens pasaulėžiūros ribas, formuojamas jo kultūros ir istorinės situacijos, paneigia mūsų galimybes pasiekti Dievo akies akiratį.

Alternatyvios rinkimų metaforai yra ekonominė ir biologinė metaforos apie išbandymą laiku: šiuo atveju išbandymas laiku yra idėjų pateikimas rinkos arba Darwino teorijos testui, kuris stiprina atsiradusį konsensusą (palyginimo ieškojimas laike). Mūsų įsitikinimu, rinkos ekonomika gali geriau nei centralizuota patenkinti vartotojų poreikius, o decentralizuota mokslinė bendrija žodžio ir minties laisvę pripažįstančioje visuomenėje gali geriau daryti teisingas mokslines išvadas nei cenzūros ir vyriausybės kontrolės spaudžiama, nors verslo ir mokslo evoliucija nebūna aklas ir atsitiktinis procesas kaip biologinė evoliucija[19]. Išreikštas biologine metafora išbandymas laiku gali atrodyti numanomas Popperio mokslo filosofijoje – labai įtakingoje, nors ir „plyšinėjančioje"[20] falibilistų tradicijos, kurios ankstesni atstovai taip pat yra Baconas

[19] Tai istoriškai svarbus atskyrimas. Biologinės evoliucijos *atsitiktinumas* yra labiausiai dėmesį patraukiantis darvinizmo aspektas. Nuostabu ne tai, kad žmogus evoliucionavo iš žemesnių gyvūnų, bet tai, kad jis tai padarė neplanuotai.

[20] Iliustruojančią kritiką žr. Hilary Putnam, *„The 'Corroboration' of Theories"*, in Putnam, *Mathematics, Matter and Method*, 2nd ed. 1979, jo *Philosophical Papers* t.1, p. 250. Labai abejotinai atrodo Popperio samprata apie hipotezių, kurios turi bent jau antecedento tikimybę, testavimą. Kadangi tokių hipotezių skaičius yra neapibrėžtas, jo sukurta tyrimų programa yra labai neefektyvi. (Žinoma, būtų labai neprotinga kurti tyrimų strategiją tikrinti tik toms hipotezėms, kurios atitinka dabartines žinias. Šių hipotezių patvirtinimas, kuris yra tikimiausias tokios strategijos rezultatas, niekuo nepapildytų mūsų žinių ir daugiau slopintų nei stimuliuotų mūsų tyrinėjimo galias.) Peirce'as tikriausiai buvo teisus, sakydamas, kad mes galime pasirinkti tyrimams perspektyvias hipotezes, kadangi mūsų protas, pats būdamas gamtos produktas, intuityviai „pagauna" gamtos dėsnius. Žr. Nicholas Rescher, *Peirce's Philosophy of Science: Critical Studies*

ir Millis, kulminacijoje. Konkurencinga ir evoliucinio pobūdžio Popperio filosofija moko, kad geriausia metodologinė taisyklė yra „išbandyti ir kurti drąsiausias teorijas, pagrįstas gausia informacija, po to leisti toms teorijoms varžytis, jas kritiškai aptarti ir atsakingai išbandyti"[21]. Kuo labiau jos atestuotos, tuo tvirčiau galima tikėtis, kad jos priartėjo prie tiesos. O griežtam ir nuodugniam testavimui reikia laiko. Newtono judėjimo dėsniai iki Einsteino triumfuodami atlaikė pakartotinius testus.

Išbandymas laiku yra labai svarbus objektyvumui teisėje, jei, atsisakydami siekio atrasti išskirtinę teisinio mąstymo metodologiją, teisėjų ir kitų teisininkų mąstymą apibrėžtume kaip socialinio valdymo taisyklėmis „meną"[22] (tai gali būti tiesiog vaizdingas tylaus žinojimo įvardijimas). Kai galvojame apie tai, kad teisės mokyklos nemoko jokio savito analitinio metodo, kad teismų išvadose išskirtinis vaidmuo tenka retorikai, kad teisinio mąstymo metodai yra „žemos įtampos", mums gali tekti sutikti, kad teisę iš tikrųjų geriau vertinti kaip meną (arba, menkinant, kaip amatą ar kaip sugebėjimą, pavyzdžiui, važiuoti dviračiu arba mokėti užsienio kalbą)[23] negu kaip sistemą disciplinuoto tyrimo, kurio rezultatus galima pateisinti pusiau moksliniais terminais. Kaip ir pats menas, taip ir jo kritika yra neapibrėžiama. Jei teisė yra menas, kokie galėtų būti „teisingo" teisinio sprendimo kriterijai? Pats pavadinimas yra netinkamas. Mums neįdomu, ar meno kūrinys yra teisingas, tačiau ar jis yra gražus, prasmingas, sukrečiantis, praturtinantis. Kadangi šie terminai nepritaikomi teismo sprendimams, sunku įsivaizduoti estetinį teisės vertinimą. Bet kokiu atveju tai pareikalautų laužyti dabartinį mūsų teisinio vertinimo žodyną.

Mus stebina tai, kad teisės autonomija ir objektyvumas ginami vertinant teisę iš pradžių kaip logikos šaką, o po to kaip meno formą. Tačiau nesuderinamumas yra tik įsivaizduojamas. Faktas, kad logika visuomet, o menas dažnai yra formalistinės disciplinos, iliustruoja formalizmo tvirtumą teisiniame mąstyme.

in His Theory of Induction and Scientific Method, 1978. Šis projektas dabar vadinamas evoliuciniu arba darvinistine epistemologija. Žr., pavyzdžiui, Florian von Schilcher ir Neil Tennant, *Philosophy, Evolution and Human Nature*, 1984, sk. 3; Michael Ruse, *Taking Darwin Seriously: A Naturalistic Approach to Philosophy*, 1986, sk. 5.

Gerą Popperio mokslo filosofijos apibendrinimą žr. David Oldroyd, *The Arch of Knowledge: An Introduction to the History of the Philosophy and Methodology of Science*, 1986, sk. 8; taip pat David Miller, *„Falsification versus Inductivism"*, in *Applications of Inductive Logic*, L. Jonathan Cohen and Mary Hesse eds., 1980, p. 109. Popperio mokslo filosofijos darviniškoji interpretacija yra pabrėžiama Peter Munz, *Our Knowledge of the Growth of Knowledge: Popper or Wittgenstein?*, 1985, ir kritikuojama Ruse, *idem*, p. 61–65. Nuodugnų Peirce'o mokslo filosofijos tyrimą žr. Christopher Hookway, *Peirce*, 1985, sk. 2, 7–9; taip pat W. B. Gallie, *Peirce and Pragmatism*, 1966.

[21] *„The Problem of Induction"*, in *Popper Selections*, David Miller ed., 1985, p. 101, 112. Ši tiesos „iššūkio teorija" eina lygiagrečiai Johno Stiuarto Millio įtakingai teorijai apie laisvą kalbą, kuri pabrėžia subtilų klausimų iškėlimą apie įsitikinimus, kurie nepateikiami prieštaravimų testui. Žr. *On Liberty*, 1859, sk. 2. Paralelė nestebina: Millis, kaip ir Popperis, buvo falibilistas.

[22] Tokį požiūrį pasiūlė šviesios atminties Paulas Batoras pokalbiuose ir nespausdintose diskusijose.

[23] Amato arba sugebėjimų metaforai teiktina pirmenybė prieš meno metaforą, nes pastaroji išreiškia susirūpinimą elegancija ir kitomis formaliomis savybėmis, tačiau yra indiferentiška pasekmėms pasaulyje.

Meno kritika yra tokia neįtikinama, o meninio skonio netikėtumai tokie stulbinantys[24], kad išbandymas laiku yra vienintelis estetinio tobulumo kriterijus, galintis nutildyti daugelį skeptikų. Kuo labiau teisę modeliuosime kaip meną, tuo labiau teks pasikliauti išbandymu laiku kaip teisinio pagrįstumo kriterijumi. Iš tikrųjų išbandymas laiku yra „tradicinių" precedento teorijų komponentas (Hale'as ir Blackstone'as)[25], taip pat jam tenka tam tikras vaidmuo 2 skyriuje išdėstytoje precedento koncepcijoje. Vienas iš būdų, kaip precedentas gali sutvirtėti, t. y. iš paprasto informacijos šaltinio tapti autoritetingu (ar dar autoritetingesniu), yra jo patvirtinimas daugelyje teismo sprendimų per ilgą laiko tarpsnį. Kitoms aplinkybėms sutampant, skirtingų individų pakartota ta pati hipotezė, išlaikiusi pakartotinį testavimą, yra verta daugiau pagarbos nei vieno individo išvada. Taigi laikas gali padėti stabilizuoti doktriną. Atkreipkite dėmesį, kad, vertinant iš šios perspektyvos, kuo įvairesni teismai, tuo daugiau savanoriško pritarimo ir natūralios pagarbos sulaukia jų sprendimai.

Tačiau išbandymas laiku nevisiškai atitinka teisės sistemos dinamiškoje visuomenėje poreikius. Pirma, išbandymas vyksta jau po fakto: jis nepasako teisėjui, kaip priimti ilgalaikį sprendimą. Antra, precedentų grandinėje dauguma sprendimų gali būti nekritiškai paremti pirmuoju sprendimu, nes pagarba precedentui gali atspindėti stabilumo siekimą, o ne pritarimą išvadoms ankstesnėje byloje. Trečia, precedentų grandinės stiprybės šaltinis – trukmė laike – besikeičiančioje visuomenėje gali reikšti pasenusį dalyką. Ketvirta, dauguma profesiškai įdomių sprendimų yra per nauji, kad būtų galima vertinti jų ilgaamžiškumo galimybes. Galime remtis laiko išbandymais kritikuodami *Dred Scott* sprendimą, *Lochner* ir ankstyvąsias nerašytines bylas, tačiau greičiausiai net *Brown v. Board of Education* ir tikrai *Roe v. Wade* bylos yra per daug naujos, kad galėtume vienaip ar kitaip jas vertinti pagal jų ilgaamžiškumą. *Swift v. Tyson* „išgyveno" vieną amžių.

Galiausiai reikia pasakyti, kad byla laikui bėgant gali įgyti autoritetą neatsižvelgiant į jos vertę ir netgi teisėjų norą siekti sprendimų priėmimo stabilumo bei ekonomijos. Tai gali būti padaryta sukeliant pasitikėjimą, kurio išsaugojimas tampa svarbesnis nei paprasčiausiai teisingas teisės taikymas[26], arba skatinant interesų grupių, kurios turėtų pakankamai politinės galios išvengti bylos sprendimo panaikinimo, su-

[24] Nušviečiantį praktikos tyrimą žr. Bruno S. Frey ir Werner W. Pommerehne, *„Is Art Such a Good Investment?"*, 91 *Public Interest*, 1988 pavasaris, p. 79.

[25] Žr. Charles M. Gray, *„Editor's Introduction"*, in Matthew Hale, *The History of the Common Law of England* xi, xxxiv, 1971; Gerald J. Postema, *„Some Roots of Our Notion of Precedent"*, in *Precedent in Law*, Laurence Goldstein ed., 1987, p. 9, 18–20. Palyginkite diskusiją apie laiko patikrintą tradiciją in Paul Veyne, *Did the Greeks Believe in Their Myths? An Essay in the Constitutive Imagination*, 1988, sk. 1.

[26] Kaip pavyzdys yra neteisingo ir pasenusio sprendimo, kuriame teigiama, kad didžioji beisbolo lyga nedaro įtakos prekybai ir todėl jai netaikomi federaliniai antimonopoliniai įstatymai, patvirtinimas *Flood v. Kuhn* byloje, 407 U.S. 258, 1971. Žr. *Federal Baseball Club v. National League*, 259 U.S. 200, 1922. Patikimumo apsaugos socialinio intereso išryškinimas yra kitas būdas pabrėžti, kad *stare decisis* atspindi stabilumo bei pagarbos kitų žmonių nuomonei (ankstesnių teisėjų) troškimą.

sikūrimą. Šios galimybės, ypač antroji, iškelia rimtą išbandymo laiku prieštaravimą: jo nesugebėjimą atskirti konsensuso sukūrimo metodus. Kaip mėgo pabrėžti Peirce'as ir Holmesas, prieštaraujančiųjų nužudymas yra istoriškai pripažintas konsensuso sukūrimo būdas, tačiau negali priartinti prie tiesos. Išbandymas laiku Darwino terminologijoje tampa neaiškus, nes genocidas gamtoje yra atrankos metodas. Tačiau praktiškai kuo ilgiau gyvuoja įsitikinimas, tuo didesnė tikimybė, kad jis yra teisingas, nes abejotina, kad jis išliktų tik dėl to, kad konkuruojantys įsitikinimai užgniaužiami. Istorijoje represijos yra buvę veiksmingos tik trumpą laikotarpį. Tiesa vis tiek išaiškėja. Bet analogija su rinka yra artimesnė nei su biologija. Konkurencija gali būti verčiama sukurti socialiai norimą kainą ir rezultatą tik tuo atveju, jei konkurentams uždraudžiama naudoti tam tikrą taktiką, įskaitant smurtą, sukčiavimą ir suokalbį. Panašiai išbandymas laiku yra patikimas tiesos nustatymo metodas tik tuomet, jei yra užtikrinamas tyrimo procesas be politinių iškraipymų, o ši sąlyga nėra įgyvendinama teisės srityje, nes teismų sprendimai tampa politinių koalicijų susibūrimo centrais.

Problema yra gilesnė. Juntamas hierarchijos, tęstinumo ir stabilumo akcentas teisėje sukelia įtampą ieškant tiesos. Įsivaizduokite įrodinėjimą, kad mokslininkai turėtų turėti tą patį socialinį pagrindą ir išsilavinimą, nes tuomet jie būtų labiau linkę susitarti. Pritaikius teisėjams, tai tampa nejuokingu argumentu, nors manęs ir neįtikina. Stabilumas yra siektinas teisės bruožas. Kadangi teisinis mąstymas negali užtikrinti sutarimo, kurį formalistai jam priskiria, teisinį stabilumą būtų lengviau pasiekti, jei teisėjai būtų homogeniško mąstymo, o mąstymas tuo homogeniškesnis, kuo artimesnis socialinis pagrindas ir išsilavinimas. Tačiau kuo jie homogeniškesni, tuo silpnesni bus jų sprendimai epistemine, nors nebūtinai politine ar socialine, prasme. Teisėje tiesa yra keičiama į kitas vertybes ir tai yra teisinga. Tai nėra mokslinis idealas.

Prisiminkite Įvade nurodytą skirtumą tarp ontologinio, mokslinio ir pokalbio objektyvumo. Pirmasis yra tuomet, kai atsiranda „kažkas", dėl ko mūsų koncepcijos sutampa. Mokslinis objektyvumas yra galimybė pakartoti stebėjimus tokiu būdu, kad visi stebėtojai neverčiami sutartų dėl stebimo objekto. Šios objektyvumo sąvokos yra susijusios: faktas, kad skirtingą mokslinį ir politinį pagrindą turintys mokslininkai neverčiami sutaria dėl daugelio mokslinių klausimų, leidžia teigti, kad kažkas diktuoja tą sutarimą. Mokslinis konsensusas pagrindžia mokslinį realizmą. Objektyvumas trečiąja prasme, kuris rodo sutarimą dėl neįrodomų teiginių, naudojant netikslius (nepakartojamus) tyrimo metodus, paprastai yra silpnas. Tačiau ne visuomet: teiginys, kad neribotas žmonių žudymas yra blogis, sukuria platų savanorišką konsensusą, kuris „objektyviai" atrodo teisingas, nors nėra kuo nors paremtas arba kilęs iš tikslaus tyrimo. Bet tokie pavyzdžiai nėra dominuojantys teisinių profesijų pirminių interesų srityje. Visgi teisei reikalingas sutarimas tam, kad būtų išvengta socialinio chaoso, ir ji nesibodi įpiršti reikalingą sutarimą daugybe politinių ir retorinių metodų – nuo teismų hierarchų iki teisininkų išlavinimo rašyti formalias išva-

das teismų sprendimams vykdyti šerifų, policijos pareigūnų ar prireikus kareivių pajėgomis[27]. Viskas visuomet yra paremta jėga. Palyginkite psichiatrijos ligoninių naudojimą (tikėkimės, mažėjantį) disidentams uždaryti Sovietų Sąjungoje su mūsų šalies praktika, kurioje sulaikymas dėl beprotystės yra apibrėžtas daugybe procedūrinių apribojimų ir administruojamas decentralizuotai. Skirtumas yra tarp prievartinio ir kompetentingo objektyvumo. Vis dėlto prievartinis objektyvumas yra ir turi būti teisės elementas net ir liberalioje visuomenėje kaip Jungtinės Valstijos. Pasak teisėjo Roberto Jacksono, „šiuose reikaluose mes veikiame ne savo kompetencijos autoritetu, o savo įgaliojimais"[28].

Kitas išbandymo laiku naudingumą teisėje ribojantis faktorius yra atgalinio ryšio mechanizmo trūkumas. (Astrologija gali būti panašus pavyzdys. Astrologai stengiasi savo prognozes pateikti neaiškiai, kad būtų sunku padaryti klaidą.) Išbandymas laiku yra susijęs su bandymo ir klaidos idėja. Labai pragmatinėje ir mokslinėje Popperio koncepcijoje mokslininkai išbando vieną teoriją po kitos, lygina jas su duomenimis, atsisako tų, kurios duomenis iškraipo, ir šiuo procesu nuolat praturtina mokslo žinias. Menininkai taip pat bando vis naujus dalykus. Dauguma tų naujovių neprigyja, tačiau kai kurios išlieka, nes turi galios valdyti įvairių auditorijų interesus. Bet kitaip nei moksle, mene niekada negali būti tikras, kad atmestas menininkas arba meno forma taip ir liks atmesti; nuolatos iš naujo atrandami pamiršti autoriai, tapytojai, kompozitoriai[29]. Panašiai yra ir teisėje. Išskyrus keletą dramatiškų pavyzdžių, kaip Dredo Scotto ir Plessy sprendimai, konkurencijos ir išgyvenimo sampratos retai visiškai atmeta teisines inovacijas. Šis pastebėjimas yra susijęs su teismų sistemų hierarchiniu pobūdžiu, kuris varžo precedentų konkurenciją. Seniai išnykus *Swift v. Tyson, Lochner v. New York*, privatiems kontraktams kūno sužalojimo bylose, griežtai atsakomybei eismo susidūrimų atvejais, faktų gynybai ir kt., atmestos doktrinos vis tiek turi žinomų čempionų, kurių neįmanoma nutildyti argumentuojant jų pažiūrų atmetimu teisinėje rinkoje. Aš kalbu apie teisininkų ir pripažintų ekspertų bendruomenės čempionus. Tarsi žymus mokslininkas imtų tikėti astrologija.

Tačiau taip piešti paveikslą yra per niūru, todėl reikia imtis atkurti perspektyvą. Teisėje konkurencijos procesas yra ribotas; jis atitinka konkurencijos procesą moksle, kuris apibendrinamas kaip neprievartinio tyrimo idėja. Pasaulyje yra daug teisės sistemų, todėl galime daryti palyginimus. Ypač didelės reikšmės turi teisės sistemų įvairovė Jungtinėse Valstijose, kas yra federalinio santvarkos būdo pasekmė. Čia konkurencijos santykiai yra tiesioginiai. Teisės sistema yra viena iš viešųjų paslaugų, kurią kiekviena šalis teikia savo gyventojams, verslininkams bei įmonėms. Jei sistema ne-

[27] Cf. Sabina Lovibond, *Realism and Imagination in Ethics*, 1983, p. 172–175, apie „priverstinį objektyvumą"; atkreipkite dėmesį į posūkį, kurį ši diskusija daro Austino teisės kaip suvereno paliepimų teorijai (sekant Hobbesu), apie kurią žr. Russel Hardin, *„Sanction and Obligation"*, 68 *Monist* 403, 1985.

[28] *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 640, 1943.

[29] Aš pernelyg išryškinu kontrastą tarp mokslo ir meno. Galima sakyti, kad Kopernikas atgaivino Aristarchą, branduolinė fizika – ikisokratinę atominę teoriją, o moderni genetika iš naujo atrado Mendelį.

turtinga – teisėjai korumpuoti ir nekompetentingi, įstatymai archaiški, griozdiški ir neįgyvendinami, valstybė praras gyventojus ir prekybą. (Iš principo „balsavimas kojomis" yra įmanomas ir nacionaliniu lygiu, tačiau emigracija kainuoja gerokai daugiau nei persikėlimas į kitą valstybės dalį, ir todėl ji daro mažiau įtakos nacionalinei sistemai. Štai toks atgalinio ryšio mechanizmas, kuris gali stebėti ir gerinti teismų praktiką. Nelaimei, skirtingų valstybių teismų konkurencija yra silpna, nes politinės sistemos dažnai yra nejautrios piliečių interesams, o teisė yra vienintelis (ir net nereikia sakyti, neištirtas) faktorius sprendimuose dėl migracijos ir prekybos.

Jei grįžtume į labai senus laikus, kai buvo teisiama kautynėmis ir persekiojama už raganavimą, rastume daugybę teisinės praktikos pavyzdžių, kuriais niekas nebesinaudoja. Ši praktika neišlaikė laiko išbandymuose privalomų konkurencijos procesų, nors tai įvyko daugiau dėl mokslo kaltės nei dėl teisės sugebėjimo atsikratyti tendencingumo ir prietarų. Nemažai savo laiku novatoriškų teisės praktikos pavyzdžių išlaikė laiko egzaminus, pavyzdžiui, patika, priešieškinis, žemės nuosavybė, įgaliojimas, nuosavybės teisių registracija, kankinimų draudimas, teisės viešpatavimas, *habeas corpus* (nors dabartinė Amerikos praktika yra pernelyg išplėsta), galutinio sprendimo taisyklė, somarinis procesas, įrodinėjimo našta, galimybės paduoti į teismą, brandos ir teismingumo koncepcijos, teismų sprendimų paskelbimas (įskaitant atskirąsias nuomones), konfiskacija, teismo nurodymai, administracinės agentūros, bankrutavusios įmonės administravimas, sutarties nutraukimas, restitucija, arbitražas ir daugelis kitų. Kai kurie iš jų atrodo pakankamai įprasti, tačiau net tokios tvirtai išsilaikiusios naujovės kaip įstatymų aiškinimo kanonai, deliktinė atsakomybė už avarijas, prisiekusieji, kryžminė apklausa, ikiteisminis nusikaltimo išaiškinimas, nušalinimo taisyklės, savęs nekaltinimo privilegija, ribota atsakomybė ar baudžiamieji nuostoliai sukelia rimtų abejonių. Kitos naujovės, pavyzdžiui, prisiekusiųjų teismas, yra taip pasikeitę nuo to laiko, kai jos buvo „naujos", kad ne visai aišku, ką reiškia pasakymas „išsilaikė". Jei pagrįstai negali būti jokių abejonių dėl teisės pažangos nuo 18 a., tai drąsiai, nors ir nenuginčijamai galima argumentuoti, kad, įvertinant visas pasekmes (įskaitant žmogiškųjų resursų galimybių kaštus, kurie buvo įtraukti į teisininko profesiją), JAV teisė nuo 1960 m. regresavo. Kaip teisiniai klausimai nepatenka į teismą, jeigu juos galima išspręsti dedukcijos metodu, taip ir per ilgą laiką sklandžiai funkcionuojanti teismų praktika ir institucija paneigia ekstremalias teisinio skepticizmo versijas, tačiau nepateisina pataikavimo teisinio mąstymo galiai išspręsti sudėtingas doktrinines ar institucines teisės problemas arba įtvirtinti teisės pažangą.

Situacija pagerėtų, jei teisė imtųsi paprasčiausio funkcionalizmo arba konsekvencializmo. Tarkime, kad kiekvienos teisės doktrinos ir institucijos vienintelis tikslas yra praktinis tikslas. Bankroto įstatymų tikslas būtų sumažinti bankrotų skaičių ir palūkanų normas. Įstatymo veikimas būtų vertinamas pagal šiuos tikslus ir jų nepasiekus įstatymas būtų atšaukiamas. Teisė tikrai taptų socialinės inžinerijos metodu, o jos struktūros ir projektai galėtų sulaukti objektyvaus vertinimo panašiai kaip inžinierių projektai. Tai būtų pragmatizmo triumfas. Panagrinėkime grobio taisyklės likimą. Labai panašiai kaip moksliniame tyrime ir įgyvendinant inžinerinę mintį, analogija (su

kiškiais ir kitais laukiniais gyvūnais) buvo panaudota hipotezei sukurti, kad grobio taisyklė suteikia veiksmingą nuosavybės teisių į naftą ir dujas režimą. Hipotezė buvo tikrinama stebint grobio taisyklės taikymą naftai ir dujoms. Hipotezė neišlaikė testo ir buvo atmesta: grobio taisyklę išstūmė įstatymai, reikalaujantys kvotų įvedimo ir kitokių paskatų suteikimo efektyviam vystymuisi[30].

Tačiau teisė nėra pasirengusi imtis konkrečių praktinių tikslų. Teisės naujovės yra dažnai ginamos nurodant tokius nepamatuojamus dalykus kaip pagarba žmogaus orumui, teisingumo užtikrinimas, konstitucijos bei įstatymų rengėjų idealų ir siekių laikymosi svarba. Šie tikslai yra pernelyg neaiškūs, kad galėtume įvertinti pažangą siekiant jų. Netgi tuomet, kai akivaizdu, kad triukšmingos teisės naujovės sukėlė labai brangių, nenumatytų ir netikėtų pasekmių, jų gynėjai gali atmesti siūlymus jas atšaukti, motyvuodami skaičiais neišmatuojamą naudą, taip pat prisijungdami prie interesų grupių, kurios susiburia aplink naujoves. Kadangi prieš tapdamas teisėju esu konsultavęs autobusų gamintoją, galiu patvirtinti, kad autobusų gamintojai labai entuziastingai palaiko teismų sprendimus, kuriais reikalaujama mokinius į mokyklas vežioti autobusais. Kaip matysime 14 skyriuje, daugelis dabartinių naujovių Amerikos teisėje yra nenusisekę; dėl to ir sakiau, kad teisingumas gali būti nukentėjęs nuo pastarojo laikotarpio padrikų „reformų". Tačiau neįmanoma įrodyti, kad naujovės nenusisekė, kadangi jų tikslai yra pernelyg neaiškūs, kad būtų galima atlikti kaštų ir naudos arba priemonių ir tikslo vertinimą. Todėl akivaizdi nesėkmė nebūtinai yra ženklas daryti pakeitimus.

30 Žr. Howard R. Williams ir Charles J. Meyers, Oil and Gas Law, 1988, t. 6.

4 SKYRIUS

Sprendimo teisėtumas

Racionalios išankstinės nuomonės problema

Ramiai analizuodami teisininkui prieinamus metodus teismų sprendimams priimti, kritikuoti ar pateisinti, galime pastebėti, kad šie metodai ne visuomet yra išskirtinai teisiniai ir ne visuomet labai objektyvūs, net jeigu objektyvumą vertinsime pragmatiniu požiūriu. Šie pastebėjimai potencialiai gali turėti svarbių padarinių visam teismo veiklos teisėtumui. Aš manau, kad jie ir turi, tačiau tenka skaitytis ir su kontrargumentu, kad jeigu teisinio ginčo šalių argumentai nėra visiškai vienodai svarūs, teisėjas visuomet gali priimti palankų sprendimą tai šaliai, kurios argumentai svaresni teisinės technikos prasme. Teisėjas niekuomet neturi atsižvelgti į asmenines vertybes, simpatijas ar politiką, net jeigu stipriau argumentuojanti šalis nėra nenugalima. Jei tai yra tiesa, tai viskas, ko teisėjui reikia ankstesniuose skyriuose taip ilgai aiškintoms problemoms išvengti, tėra raištis ant akių!

Metafora gali klaidinti. Nėra aišku, ką iš tikrųjų reiškia „pasverti" argumentus, o dėl to ir sprendimo procesas, esant prieštaraujantiems argumentams, kažin ar gali būti suprantamas mechaninio skaičiavimo terminais. Net jei ir gali būti taip suprantamas, būtų klaida teisėjui juo pasinaudoti. Asmuo neturi išduoti savo gilių įsitikinimų jų silpnos argumentacijos pretekstu vien dėl to, kad tuo momentu negali rasti stipresnių argumentų įsitikinimams apginti. Intuicija, kuri pati yra praktinio mąstymo metodas, turi savo teises ir pateikia prezumpcijas, kurias kiti praktinio mąstymo metodai ne visada gali įveikti[1]. Žinoma, intuicija turėtų prisidėti tik itin dviprasmiškose bylose; tai yra teisės viešpatavimo reikalavimas. Tačiau tokios bylos yra teisininkų dėmesio centre. Teisės objektyvumo gynėjo nepaguosi tuo, kad tik dviprasmiškos bylos yra neapibrėžtos. Dar daugiau, tai, ar byla yra dviprasmiška, gali priklausyti nuo teisėjo intuicijos stiprumo. Teisėjui gali atrodyti, kad teisės doktrina nuėjo visiškai klaidingu keliu, nors jis negali aiškiai suformuluoti savo nuojautos priežasčių. Taigi dviprasmiškų bylų kategorija apibrėžiama blogai.

[1] Žr. Richard Nisbett ir Lee Ross, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgement*, 1980, p. 167–169; Gilbert Harman, *Change of View: Principles of Reasoning*, 1986, p. 35–41. „Intuiciją" čia vartoju antrąja prasme, kurią apibrėžiau 2 skyriaus pradžioje; taip apibrėžta ji artimai susijusi su tyliu žinojimu, su Gadamerio akcentuotu „išankstiniu nusistatymu" kaip esminiu interpretacijos komponentu (žr. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, 1975, p. 238–267) ir su bayesianizmo statistų koncepcija apie pirmesniuosius, apie ją žr. šios knygos 6 skyriuje. Šį požiūrį remiantį netikėtą šaltinį žr. Henry J. Friendly, „*Reflections of a Lawyer – Newly Turned Judge*", 71 *Yale Law Journal*, 1961, p. 218, 233–234.

Kitaip sakant, teisėjo į bylą atsinešamos išankstinės nuostatos nėra išoriniai ir netinkami dalykai. *Tabula rasa* nėra teismo veiklos idealas. Visuomenė nenori, kad teisėjas veiktų kaip debatų konkurso ar teisės prieštaravimų apžvalgos arbitras. Teisėjai negali atsižvelgti į daugelį faktorių (palankumas ar asmeninė reakcija į bylą ar jos šalis), tačiau į juos neįeina nešališkas įsitikinimas, kaip turi būti išspręsta byla, net jei vienos iš šalių advokato argumentai už kitokį sprendimą yra stipresni. Tačiau iš to seka, kad dažnai bus labai sunku nustatyti, ar teismo sprendimas yra teisingas, ar neteisingas. Intuicija nėra aiški, o nešališkumas nėra objektyvumas, todėl patirtis dažniausiai negalės nei patvirtinti, nei paneigti nešališkos intuicijos teisingumo. Taigi pradinis argumentas už teisės objektyvumą – galimybė pasverti argumentus – pasirodo besantis dar vienas argumentas prieš tai. Ironija dar sustipréja, kai pagalvojame, kad intuicija tam tikra prasme yra panaši į tylų žinojimą, t. y. praktinio mąstymo metodą, kurį teisės objektyvumo šalininkai pateikia kaip alternatyvą logikai ir mokslui, nesusimąstydami, kad kuo daugiau jie remiasi tyliu žinojimu teisinėms pasekmėms nustatyti, tuo sunkesnė tampa tų pasekmių pateisinimo užduotis. Tylus žinojimas yra asmeninis ir neapibrėžtas, o pateisinimas – viešas ir konkretus.

Konsensusas

Teisinio mąstymo galia sukurti apibrėžtas bylos išvadas galbūt galėtų būti išgelbėta paverčiant teisę kai kuo kitu – ekonomika arba galbūt etine ar politine doktrina, kuri galėtų pateikti apibrėžtas etinių ir politinių problemų išvadas. Tačiau nepanašu, kad kuri nors iš humanitarinių ar socialinių mokslų šakų, pritaikyta teisminiuose ginčuose iškylantiems atstumiantiems klausimams, galėtų pasiekti apibrėžtumą dviprasmiškose bylose. Bet kokiu atveju argumentai už teisės transformaciją į kitą socialinės minties šaką negalėtų būti paremti teisiniu mąstymu. Plačiau tariant, arba yra stiprus politinis konsensusas, kuris apibrėžia teisės doktriną, arba jo nėra. Fragmentiški politiniai pareiškimai nesukurs daugiau apibrėžtų išvadų už teisinį mąstymą. Tai jau besikartojantis pastebėjimas šioje knygoje: konsensusas yra reikalinga sąlyga teisiniam objektyvumui tik pačia silpniausia prasme.

Nedaug paguodžia ir faktas, kad yra keletas politinio konsensuso sričių; taip tik atrodo, kad jos turi garantuoti teisinio apibrėžtumo sferą. Pirmiausia yra kažkas priešiško dėl politinio sutarimo panaudojimo epistemologiniam pasitikėjimui pagrįsti. Šis teiginys yra susijęs su pastebėjimu apie pragmatikus, ypač Habermasą. Jų požiūris, kad „tiesa yra laisvo ir laike neriboto tyrimo pasiekiamas rezultatas ... iš dalies epistemologinę teisingų ir neteisingų (garantuotų ir negarantuotų, racionalių ir neracionalių) įsitikinimų atskyrimo problemą transformuoja į politinį klausimą dėl laisvo tyrimo ir priverstinio bei valdžios iškraipyto tyrimo atskyrimo“[2]. Idėja, kad reikia už-

[2] Joseph Rouse, *Knowledge and Power: Toward a Political Philosophy of Science*, 1987, p. 7, 18–19. Teiginys, kad tyrimą gali iškraipyti valdžia, yra neaiškus. Jei tai reiškia, kad politinis kišimasis į idėjų rinką

kirsti kelią politiniam kišimuisi į tyrimo procesą, sukelia mažiau sunkumų negu idėja, kad teisės objektyvumas priklauso nuo susiklosčiusio politinio konsensuso dėl teisminio tyrimo aplinkybių. Ar politinis konsensusas nėra tik mandagus būdas stipresniojo valiai įvardyti? Ir todėl ar teisėjai, priimantys „objektyvius" sprendimus, nėra tik žmonės, kurie daro išvadas dėl galios santykių visuomenėje?

Šie retoriniai klausimai yra per daug užaštrinti, išskyrus faktą, kad teisėjams nereikėtų skirti sau tokio riboto vaidmens. Tačiau jei jie taip neapsibrėžtų, jų objektyvaus mąstymo proceso siekis susilpnėtų. Net jei kiekvienas įstatymas, galima sakyti, tam tikra prasme atspindi dominuojančią viešąją nuomonę ir net jeigu jėga sukuria teisę, iš to neseka, kad visa teisė yra amorali. Priežastys ir pagrindimas neprivalo sutapti. Jei dominuojančios visuomenės grupės to nenorėtų, įstatymai nebaustų už nužudymus, tačiau sykiu įstatymai saugo bendrą gerovę (kaip ir daugelis kitų civilinių ir baudžiamųjų įstatymų, pavyzdžiui, įstatymai dėl sutarčių sudarymo ir vykdymo, dėl intelektinės nuosavybės apsaugos, dėl sukčiavimo ir nerūpestingumo prevencijos bei jais padarytos žalos atlyginimo) ir nė vienas teisėjas negali gėdytis juos taikydamas[3].

Teisinio mąstymo neišbaigtumo įrodymai nėra vien aprioriški. Ginčas dėl teisėjais skiriamų asmenų politikos, kuris, atrodo, didėja, yra vienas iš rodiklių. Kitas rodiklis yra teismo proceso iškilmingumas: įspūdinga teismo salė, teisėjo drabužiai ir sėdėjimas ant pakylos, kreipimasis į teisėją demokratinėje visuomenėje nenaudojamais kreipiniais. Tai – sąmoningos pastangos sudaryti kitokį teisės įvaizdį nei kad susidarytų, jei teisė būtų vertinama tiesiog kaip racionalaus tyrimo metodas. Iš tikrųjų siekiama padaryti įspūdį ginčo šalims ir publikai, o ne teisėjams, nes teisėjai nedėvi mantijų, kai diskutuoja tarpusavyje ir priima sprendimus; o sėdėjimas ant pakylos ir perdėtos pagarbos kreipinių klausymas vargu ar yra žeminanti teisėjų patirtis.

Štai dar vienas teisinio mąstymo neišbaigtumo rodiklis[4]. Amerikos teisėjams šiais laikais taikomos ypač tikslios ir išplėstos nušalinimo taisyklės dėl interesų konflikto. Mažiausias galimas konfliktas sukelia nušalinimą. To daryti nebūtų prasmės, jeigu teisinis mąstymas (įskaitant ginčų dėl faktų sprendimą) būtų toks pat transparentiškas ir pasikartojantis kaip mokslinis mąstymas arba eksperimentavimas, nes tuo-

gali iškraipyti tyrimą, viskas yra tvarkoje. Bet jei tai taip pat arba vietoj to reiškia, kad tyrimą gali iškraipyti turto turėjimo teikiami privalumai, iš ko kyla, kad laisvam tyrimui yra reikalingas turto perskirstymas arba nuolatinis kišimasis į idėjų rinką, tai sukelia problemų, nors tai nebūtinai yra negerai; 6 skyriuje pateiksiu pavyzdį situacijos, kurioje resursų nelygybė iš tikrųjų gali iškraipyti teisinį tyrimą.

[3] Kaip atsiranda normos žr. Robert Axelrod, *„An Evolutionary Approach to Norms"*, 80 *American Political Science Review*, 1986, p. 1095, 1108–1109; J. L. Mackie, *„Co-operation, Competition and Morral Philosophy"*, in Mackie, *Persons and Values: Selected Papers*, Joan Mackie and Penelope Mackie eds., 1985, t. 2, p. 152; F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 1973, t. 1, p. 72–81; Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms*, 1977.

[4] Gerai aptarta John Leubsdorf, *„Theories of Judging and Judge Disqualification"*, 62 *New York University Law Review*, 1987, p. 237, 249–250, 261.

met būtų galima rasti ir ištaisyti klaidingą sprendimą, o teisėją išjuokti ir pašalinti už tai, kad pasidavė pagundai. Tikriausiai teisės sistemai trūksta pasitikėjimo savo sugebėjimais rasti teismo klaidų. Atsižvelgdamos į šį pastebėjimą, interesų konflikto taisyklės griežtėjo kartu su konsensuso teisėje silpnėjimu ir teismo diskrecijos didėjimu. Kuo silpnesnis konsensusas, tuo teisėjams sunkiau užfiksuoti sprendimo prielaidas ir taip teisinį mąstymą priartinti prie loginės dedukcijos. Kadangi teisinis mąstymas yra labiau (tiktai?) įtikinantis, kai sutariama dėl atitinkamų politinių ir socialinių vertybių, pastarosiomis sąlygomis interesų konflikto taisyklės yra mažiau reikalingos išvengti proceso nukrypimų. Anglijos teismai yra homogeniškesni nei mūsiškiai, sudaro galimybę platesniam sutarimui dėl prielaidų ir todėl didesniam pasitikėjimui tikrai silogistiniu teisiniu mąstymu. Todėl galime tikėtis, kad Anglijoje interesų konfliktų taisyklės nėra tokios griežtos kaip pas mus, ir taip yra iš tikrųjų, nors skirtumas labai nedidelis[5]. Taip pat galime tikėtis, kad Anglijos teisė yra išbaigtesnė nei Amerikos, ir nors toks ir susidaro bendras įspūdis, būtų gerai jį patvirtinti ne vien įspūdžiais.

Yra keletas konsensuso smukimo mūsų teisėje tiesioginių priežasčių. Viena iš jų yra su *common law* susijusios statutinės ir konstitucinės teisės stiprėjimas. Kaip matysime 8 skyriuje, tik paviršutiniškai vertinant galimas teiginys, kad *common law* struktūra yra logiškesnė už statutinės ir konstitucinės teisės; tačiau tiesa yra ta, kad statutinė ir konstitucinė teisė išsiplėtė į vieną intensyviausių politinių ginčų sričių. Tokios ekspansijos atitikmens *common law* nėra. Kitos teisinio konsensuso smukimo priežastys yra teisinių profesijų įvairovės augimas nuo 1950 metų, lygiagretus politinio konsensuso nacionaliniu mastu smukimas, ginčų skaičiaus didėjimas[6], dėl kurio atsirado daugiau teisėjų ir precedentų, ir ypač nukentėjo Aukščiausiojo Teismo sprendimų apibrėžtumas. Teismo galia priimti sprendimus yra iš esmės fiksuota, tačiau jam tenka rinktis iš vis didesnio bylų skaičiaus, ir vis daugiau jo sprendžiamų bylų yra sudėtingos. Kaip paskutinės instancijos teismas, jis negali vadovautis arba nusprendė nesivadovauti precedentu, kas yra dar viena priežastis, kodėl didžiuma sprendžiamų bylų tampa sudėtingos. Be to, Aukščiausiojo Teismo ir žemesniųjų teismų sprendimų santykiui mažėjant, žemesnieji teismai vis labiau netenka autoritetingo precedento, kuriuo galėtų vadovautis. Todėl jų išspręstos bylos dar dažniau patenka į abejonių sritį.

Teisinio konsensuso silpnėjimas turi gilesnių priežasčių. Hierarchija ir kitos valdžios formos dažnai susilpnėja, kai žmonės tampa turtingesni; bent jau taip mus moko

[5] Žr. Shimon Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, 1976, pt. 5, p. 308–309; *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, J. M. Evans ed., 1980, 4 leid., sk. 5.

[6] Padidėjimas buvo milžiniškas, ypač federaliniuose teismuose per paskutinius tris dešimtmečius. Statistiką iki 1983-iųjų žr. mano knygoje *The Federal Courts: Crisis and Reform*, 1985, sk. 3. Bylų daugėjo ir toliau, ką paliudija JAV teismų administracinio biuro direktoriaus metiniai pranešimai.

Amerikos, o gal ir pasaulio istorija po Antrojo pasaulinio karo[7]. Su turtu ateina laisvė, nepriklausomybė bei mobilumas, ir *pari passu* šeimyninių ir bendruomeninių ryšių susilpnėjimas. Teisėjais, kaip ir kitomis valdžios institucijomis, imama mažiau pasitikėti, mažiau gerbti ir reikšti jiems pagarbą – tai dar viena priežastis atsirasti labiau varžančioms taisyklėms dėl interesų konflikto. Žmonės stipriau gina savo teises, dėl to atsiranda daugiau ginčų, kurie vos nužymėtame kelyje veda į didesnį neapibrėžtumą. Smunkant autoritetams bei kylant nepriklausomam mąstymui, visuomenė tampa ir moraliai heterogeniška[8], kad netgi toje pačioje politinėje bendruomenėje individai gali būti įgiję nebendramates moralines pažiūras. Tokia situacija šioje šalyje šiandien yra susidariusi abortų klausimu, o priežastis, kodėl šis ginčas nerodo jokio racionalaus sprendimo galimybės, atrodo neįveikiama[9]. Toks susipriešinimas pasikartoja įvairuose teisiniuose kontekstuose, įskaitant asmeninės, ekonominės, religinės ir seksualinės laisvės klausimus[10]. Kai teisėjas pasiekia epistemologinę aklavietę ir iš būtinybės sąmoningai ar nesąmoningai pagrindžia savo sprendimą etiniu ar politiniu principu, arba viešąja nuomone, arba dar kuo nors, kažin, ar jam pavyksta išvengti neapibrėžtumo. Tuomet pasidaro įdomu, koks psichologinis ar asmeninės istorijos įvykis arba socialinės aplinkybės paskatino jį laikytis vieno ar kito socialinio arba politinio principo. Tautos teisinis heterogeniškumas atspindi jos moralinį heterogeniškumą.

Politika prieš kilmę kaip teisminių veiksmų garantai

Protingumas kaip teismo kelrodė žvaigždė. Ką visa tai reiškia teisėjui? Nerandu geresnio pasiūlymo teisėjams, kaip savo užduotis kiekvienoje byloje vertinti kaip pastangas pasiekti patį protingiausią sprendimą esančiomis aplinkybėmis, kurios apima bylos

[7] Žr. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretivee Anthropology*, 1983, p. 16. Apie skepticizmo profesionalumo klausimu stiprėjimą žr. Thomas L. Haskell, *„Introduction"*, in *The Authority of Experts: Studies in History and Theory* xiii–xviii, Haskell ed., 1984. Panašu, kad schema yra sudėtingesnė, nei aš nubraižiau tekste. Konformizmo sprogimas įvyko 1950-aisiais; galbūt išvysime dar vieną. Netvarka ir nesutarimai labiausiai matomi universitetų fakultetuose, kurie kuo toliau, tuo mažiau atstovauja Amerikos visuomenei kaip visumai.

[8] Arba bent jau atskleidžiama, kad ji yra labiau heterogeniška. Hierarchinėje visuomenėje moralinis atstumas tarp individų gali būti didžiulis; mes neturėtume galvoti apie prieškario Pietus ar Periklio Atėnus, kuriuose buvo galybė vergų, arba Indiją su savo kastų sistema, arba Angliją su savo klasiniu susiskirstymu kaip apie „homogeniškas" visuomenes. Tačiau oficialios normos, nustatomos hierarchijos viršūnėse, tokiose visuomenėse stengsis būti monolitinės. O teismai taiko oficialias normas.

[9] Žr. Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 1984, 2 leid., p. 6–10.

[10] Teisėjas Learnedas Handas kartą pastebėjo: „Vertybės yra nebendramatės. Sprendimą galima pasiekti tik per kompromisą, kaip jį bepavadinsite. Pastarasis turi būti toks, kad žmonės per daug nesiskųstų; tačiau nesitikėkite jokios labiau objektyvios priemonės". „A Personal Confession" in Hand, *The Spirit of Liberty: Papers and Adresses of Learned Hand*, 1960, 3 leid., p. 302, 307. Čia užsimota kiek per plačiai, jei mano

faktus, teisės doktriną, precedentus ir tokias teisės viešpatavimo vertybes kaip *stare decisis*[11]. Kokia nekonkreti ši rekomendacija beatrodytų[12], ji skiriasi ir nuo ortodoksinio požiūrio į teisėjo užduotis, ir nuo įvairių prigimtinės teisės pozicijų tuo, kad nuolankią, faktais paremtą, politiškai persunktą ir instrumentinę „protingumo" koncepciją pakeičia teisiniu ir moraliniu teisingumu. Ji taip pat skiriasi nuo Holmeso koncepcijos apie teisėją kaip tarpinį įstatymų rengėją[13], arba ekvivalentiškai nuo 1807 metų Šveicarijos kodekso I(2) straipsnio, kuris sako, kad, „jei iš įstatymo negalima išvesti jokios taisyklės, teisėjas turi vadovautis taisykle, kurią pats priimtų, jei būtų įstatymų rengėjas"[14]. Teisėjo kaip tarpinio įstatymų rengėjo paveikslas yra ir nieko nepamokantis, ir, realistiškai žiūrint į įstatymų rengimo procesą, klaidinantis. Juo vadovaujantis vienintelis skirtumas tarp teisėjo ir tikrojo įstatymų rengėjo yra tas, kad pirmasis užpildo antrojo paliktas spragas. Pažodžiui interpretuojant palyginimą, ko, aišku, Šveicarijos kodekso rengėjai neturėjo galvoje, teisėjas galėtų rengti apklausas, imtis balsų dalijimo, atvirų interesų grupių politikos ir kitų įstatymų rengėjams būdingų veiksmų. Tikrovėje tarp teismų ir įstatymų rengėjų yra reikšmingų institucinių ir procesinių skirtumų, kurie įspraudžia teismo veiksmų protingumo sritį į tam tikrus rėmus, neegzistuojančius įstatymų rengimo procese. Jie diferencijuoja teismų produk-

analizė ankstesniuose skyriuose yra teisinga. Tačiau sritis, kurioje Hando pastebėjimas taiklus, yra didelė ir, mano nuomone, auganti. Hando moralinis skepticizmas (apie jį žr. taip pat Michael Moore, „More Reality", Wiskonsin Law Review, 1982, p. 1061, 1066, ir ten cituotas referencijas) buvo daugiau nei vien iškilminga poza. Jis suvaidino svarbų vaidmenį keliose išvadose, kurias jis parašė palaikydamas atsisakymus suteikti JAV pilietybę nuolatiniams gyventojams, padariusiems moralinių nusižengimų. Žr., pvz., Johnson v. United States, 186 F.2d 588, 589–590 (2d Cir. 1951) („individai skiriasi moraliniu elgesiu taip pat, kaip ir požiūriu į grožį ... Todėl mums atrodo, kad galime tik spėti, koks bus tokios apklausos [piliečių apklausa iškilusių elgesio klausimu: šeimos apleidimu ir nesantuokiniu gyvenimu] rezultatas"); Repouille v. United States, 165 F.2d 152,153 (2d Cir. 1947)(„tik mažai daliai tvirtų vertybių žmonių atrodys, kad [eutanazijos] vykdymas yra moraliai pateisinamas, kai tai lieka privačiose rankose, nors provokacija būtų didžiulė kaip šiuo atveju"). Beje, jei tiesa, kad visuomenė tampa moraliai įvairesnė, tai yra smūgis moraliniam realizmui, lygiai kaip didėjantis mokslininkų nesutarimas būtų smūgis moksliniam realizmui.

[11] Siūlomas požiūris yra artimas pateiktam Kent Greenawalt, „*Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges*", 75 Columbia Law Review 1975, p. 359, 377. Taip pat žr. Aharon Barak, *Judicial Discretion*, 1989, p. 25–27, ir 4 skyrius. Wade. L. Robison, „*The Functions and Limits of Legal Authority*", in *Authority: A Philosophical Analysis*, R. Baine Harris ed. 1976, p. 112, 119; Steven. J. Burton, „*Judicial Duty and Discretion: The Good Faith Thesis*" (nepublikuotas straipsnis, University of Iowa Law School, 1989, balandžio 25).

[12] Ir pasmerkta pajuokai: Ambrose Bierce, *The Devil's Dictionary*, apibrėžė „protingumą" kaip „prieinamą mūsų pačių proto infekcijoms. Svetingas įtikinėjimui, atgrasymui ir apėjimui". *The Collected Writings of Ambrose Bierce*, 1946, p. 187, 339.

[13] Žr. *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (atskiroji nuomonė). Žr. taip pat Banjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 1921, p. 113–115; John Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, 1983, p. 17–20, 226–246.

[14] Esu dėkingas Gerhardui Casperui už vertimą. Atkreipkite dėmesį, kad I(2) straipsnis pradeda nuo kontinentinei teisei būdingo formalizmo, apie kurį buvo užsiminta Įvade.

tą nuo įstatymų rengimo produkto, tačiau nediktuoja sudėtingų bylų baigties – jie gali atmesti kai kuriuos sprendimus, bet ne visus, išskyrus vieną. Sudėtingoje byloje teisėjas yra daugiau politikas negu įprastas teisininkas, ir savo laisvės ar diskrecijos ribose gali taip pat laisvai judėti kaip ir įstatymų rengėjas. Tačiau nė vienas iš jų nėra neapribotas, o dar tiksliau – apribojimai yra skirtingi.

Teisėjas taip pat nėra arbitras, ombudsmenas ar kaimo išminčius, kitaip sakant, toks ginčų taikintojas, kuriam leidžiama ignoruoti „įstatymą". Viena vertus, tai yra priešingas kraštutinumas teisėjo kaip įstatymo rengėjo vertinimui, kita vertus, tai yra vienas ir tas pats – tiek arbitras, tiek įstatymų rengėjas yra „virš" įstatymų ta prasme, kad jų nesaisto iš anksčiau egzistuojančios teisės normos. Tačiau abiejuose kraštutinumuose iš „paveikslo" iškrenta tai, kas yra išskirtinai būdinga teisei ir teismo sprendimui. Teismų sprendimų protingumą nulemia tokios aplinkybės kaip įstatymo kalba, precedentai, visa kita įprastinė teismų sprendimų priėmimo medžiaga, įskaitant ir teisininkams pažįstamas apdairumo vertybes kaip jautrumas teismo žinių riboms ir teisės stabilumo pageidaujamumas. Šie teismų sprendimų priėmimo šaltiniai ir apribojimai yra svetimi tiek įstatymų priėmimui, tiek arbitražui. Daugelyje bylų įprastinė medžiaga taip aiškiai rodys vieną kryptį, kad teisėjui būtų neprotinga eiti priešingu keliu. Tačiau kitose bylose ji tik apribos galimų sprendimų variantus ir paliks laisvą erdvę, kurioje teisėjas turės pasistengti išspręsti bylą vadovaudamasis išmintinga politika. Taip bus didžiosiose simbolinėse bylose, atsirandančiose iš Konstitucijos pagal geros visuomenės viziją, ir teisėjui reikės būti įdėmiam, kad per neatsargumą nemėgintų įpiršti idiosinkretinės politinės koncepcijos arba socialinės vizijos daliai nepaklusnių piliečių. Grįžtant prie ankstesnio pastebėjimo, teisėjų atvira erdvė ne visuomet mažesnė negu įstatymų rengėjų. Teisėjams nereikia patirti interesų grupių spaudimo ar visuomenės sentimentų kaip įstatymų rengėjams, o kai kuriose srityse šios jėgos varžo daug labiau nei teismo proceso taisyklės. Federaliniai teisėjai, pavyzdžiui, praktiškai turi daugiau laisvės keisti kalėjimų sąlygas nei įstatymų rengėjai. Tačiau gyventojų mandato, fisko neturėjimas ir reikalavimas pateikti argumentuotą raštišką sprendimų pagrindimą sukuria teisėjams suvaržymus, kurių nepatiria įstatymų rengėjai. Neįmanoma apskritai pasakyti, kuris iš pareigūnų – teisėjas ar parlamentaras – yra mažiau suvaržytas ir todėl galingesnis.

Teisėjas, kuris savo vaidmenį sudėtingose bylose supranta kaip politinių sprendimų priėmimą, o ne kažkur kitoje politinės sistemos vietoje priimtų sprendimų taikymą, neturi dėl to tapti teismo aktyvistu. Teismo susilaikymas gali būti teisėjo vizijos apie teisingą visuomenę dalis ta prasme, kad jis reiškia dvejojimą, ar keisti kitų valdžios struktūrų priimtus sprendimus. Tačiau teismo susilaikymas yra politinė teorija, o ne teisinio mąstymo rezultatas: jis negali būti dedukcijos ar kitokiu patikimu metodu sukuriamas pagal teisinę medžiagą. Ši medžiaga gali apibrėžti, kiek plati yra teismo diskrecijos sritis, tačiau ji negali nustatyti, kiek drąsus ar kuklus turi būti teisėjas, priimdamas kitai institucijai įgeliantį sprendimą.

Savo koncepciją apie pagrįstą teismo sprendimo priėmimą pailiustruosiu antimonopolinio įstatymo pavyzdžiu. Pirmas žingsnis, sprendžiant sunkią antimonopolinę

bylą, kuri neturi precedento ir kitais būdais negali būti galutinai išspręsta iš karto, yra ištraukti (nereikia net sakyti, kad ne dedukciniu metodu) iš atitinkamų teisės aktų, istorijos, iš teismų ir teisėkūros institucinių charakteristikų, o pritrūkus nuorodų iš šių šaltinių – ir iš visuomenės požiūrio bendrą antimonopolinių įstatymų koncepciją, kuria būtų vadovaujamasi sprendžiant. Populiarus kandidatas į tokią koncepciją šiandien yra turto maksimizavimas, nors net ir nereikia aiškinti, kad tai abejotinas pasirinkimas. Parinktas (dabartinis Aukščiausiasis Teismas yra beveik taip ir padaręs)[15] teisėjas norės apsvarstyti susijusius precedentus ir kitus informacijos šaltinius, kurie galėtų padėti rasti sprendimą. Tai – antras žingsnis. Trečias žingsnis yra politinis sprendimas – kai kuriose bylose jis gali būti artimas loginei dedukcijai – dėl bylos išaiškinimo, laikantis turto maksimizavimo dogmų. Ketvirtame žingsnyje sugrįžtama prie precedentų, tačiau dabar jie vertinami kaip autoritetas, o ne tik kaip duomenys; teisėjas norės įsitikinti, kad trečiame žingsnyje pasirinktas politinis sprendimas nėra atmestas kokiame nors precedente. Iš tikrųjų tai jau trečias, o ne antras kartas, kai teisėjas tyrinės precedentus. Pirmą kartą tai buvo padaryta siekiant nustatyti, ar byla tikrai neturi precedento: jei atsirastų precedentas, mano pateiktas keturių žingsnių aprašymas jau būtų nebereikalingas.

Pasiūlytas požiūris apibūdina realų daugelio teisėjų mąstymo būdą sunkiose bylose, nors tas mąstymas dažnai yra suprantamas. Šis požiūris suteikia teisinei analizei panašiose bylose esminės analizės formą. Teisėjui tenka rinktis iš esmės ir pasirinkimą padiktuoja alternatyvių pasirinkimų pasekmių – pasekmių teisės viešpatavimui, šalims, ekonomikai, viešajai tvarkai, ateičiai, kitaip tariant, visuomenei – stebėjimas bei vertinimas. Nekomercinėje aplinkoje norėtųsi analizę apibrėžti kaip etinę, o ne esminę. Tačiau tai nepakeistų pagrindinės išvados: grynai teisinė medžiaga yra tik pagalbinė formuojant pradinę orientaciją ir pateikiant specifinius duomenis, o vėliau tampa galimų apribojimų šaltiniu.

Antimonopolinėje srityje yra daugybė neteisinių, visų pirma ekonominių žinių, kuriomis teisėjas gali pasinaudoti brėždamas veiklos principus. Daugelyje kitų sričių neteisinių duomenų trūksta. Nagrinėdamas neištirtus kalbos laisvės klausimus, teisėjas tikriausiai būtų priverstas vadovautis savo paties samprata apie laisvės ir tvarkos pusiausvyrą bei ankstesniuose sprendimuose išgrynintomis visuomenės vertybėmis. Tačiau tai nekeičia mano pagrindinio teiginio, kad sunkių bylų sprendimas dažnai tampa esminės analizės forma, o ne išskirtinės teisinio mąstymo metodologijos produktu.

Antimonopolizmo pavyzdyje aprašytas į esmę nukreiptas mąstymo procesas yra logiškas, neatsitiktinis, tačiau labiau linkęs atmesti kai kuriuos sprendimus, o ne sukurti vieną vienintelį sprendimą. Juo neturėtų būti pernelyg pasitikima kaip galinčiu padėti atmesti kai kuriuos teiginius priimant sprendimą. Turbūt prastokai vertintume meteorologą, kuris tikintų, kad kitą dieną temperatūra sieks tarp 120 °F ir –40 °F,

[15] Žr., pvz., *Broadcast Music, inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1, p. 19–20, (1979); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S., p. 330, 343 (1979); *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radion Co.*, 475 U.S. 574 (1986).

bet negalėtų atmesti jokios tarpinės galimybės. Tikėtiname teisinių išvadų diapazone (atitinkančiame galimų temperatūrų toje klimato zonoje ir tuo metų laiku diapazoną) stebėtojas, atsižvelgdamas į savo vertybes, principines preferencijas, temperamentą, socialines pažiūras, gyvenimo patirtį ir kt., atras tinkamesnę, patrauklesnę ir įtikinamesnę išvadą nei kiti, bet negalės pademonstruoti jos korektiškumo. Trumpai tariant, sprendimai sunkiose bylose dažnai nėra „bivalentiški" (t. y. teisingi arba klaidingi)[16].

Anksčiau esu siūlęs du principus teismų sprendimams stabilizuoti kovojant prieš neapibrėžtumą[17]. Pirmasis – teisėjui vengti prieštaravimų ne tik konkrečiame sprendime, bet ir tarp atskirų sprendimų; teisėjas turi nesvyruodamas panaudoti savo kritinės logikos galias. Ši mintis gali atrodyti ir taip aiški ir todėl triviali. Tačiau jos laikymasis neleistų teisėjui keisti savo nuomonės. Kvailas nuoseklumas nėra oksimoronas. Tai dar vienas pavyzdys, kokia ribota yra logikos sritis; nėra nelogiška keisti savo nuomonę, gavus naujos informacijos. Antrasis principas, kurį pavadinau „viešumo principu", yra tas, kad teisėjas viešai pripažįsta tikruosius sprendimo pagrindus. Šio principo laikymasis užkirstų kelią konsensusu paremtiems požiūriams atmesti. Tačiau turint omenyje, kad dėl daugelio svarbių politinių ir socialinių klausimų konsensuso nėra, principas nėra stiprus. Jis taip pat neįgyvendinamas, nes nėra jokio mechanizmo priversti teisėjus būti nuoširdiems.

Kiti būdai mėginti stabilizuoti teismų sprendimus apima teisminio santūrumo principą, taisykles, ribojančias aplinkybes, kurioms esant teisėjai jaustųsi turintys teisę pakeisti ankstesnius sprendimus (t. y. *stare decisis*), ir daugiafaktorių testų konversiją į formules ir algoritmus[18]. Nė vienas iš šių būdų neišspręs problemos iki galo ir viskas priklauso nuo esminių sprendimų, kurie gali būti ir yra ginčijami. Tarp kitų pagalbinių principų, kuriuos galime taip pavadinti analogiškai pagalbiniams mokslo teiginiams, teisės doktrinai stabilizuoti yra griežta struktūra, griežtas precedento laikymasis, palankumas neteisingai nukentėjusiam, privačių nurodymų skatinimas, primygtinis reikalavimas apibrėžtų, aiškių taisyklių. Nė vienas iš šių principų negali būti sukurtas teisinio mąstymo metodais. Vieni nesiderina su kitais. Visi priklauso nuo politinės teorijos sprendimų. Tai – ne problemų sprendimo, o mokymo gyventi su jomis metodai. Jie suteikia teismų sprendimų priėmimui ne objektyvumą, bet pseudoobjektyvumą, išskyrus, jei objektyvumą prilyginsime pagrįstumui.

16 Catherine Z. Elgin, „*The Relativity of Fact and the Objectivity of Value*", in *Relativism, Interpretation and Confrontation*, Michael Krausz ed., 1989; Gordon C. F. Bearn, „*The Horizon of Reason*", in idem, p. 205; Joseph Margolis, „*The Truth about Relativism*", in idem, p. 232. Pavyzdį iš kiekybės teorijos žr. Elgin, op. cit., p. 92.

17 Žr. *The Federal Courts*, op. cit. 6, p. 205–206.

18 Apie santūrumą žr. idem, p. 198–222; apie sprendimų pakeitimą žr. mano straipsnį „*The Constitution as an Economic Document*", 56 George Washington Law Review, 1987, p. 4, 36–37; apie daugiafaktorių testų konversiją į algoritmus žr. *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd.*, 7th Cir. 1986, 780 F. 2 d p. 589, 593–594.

Pabrėžiant teismų sprendimų priėmimo politinę svarbą, mano samprotavimai šiame skyriuje gali būti suprasti kaip siūlymas keletą teisėjų parinkti ne iš teisininkų. Ypač tai pasakytina apie Apeliacinio teismo teisėjus, kadangi daugelis apeliacinių bylų yra nepakankamai apibrėžtos pagal teisinio mąstymo kriterijus[19]. Tačiau yra priverstinių prieštaravimų šiai idėjai. Pirma, į Apeliacinį teismą patenka daug apibrėžtų bylų (kaip minėjau 2 skyriuje), su kuriomis teisininkai gali geriau susidoroti už neteisininkus. Antra, be kitų dalykų, teisė dar yra ir kalba. Neteisininkas pasimetęs mėgins suprasti, ką sako teisininkai savo pareiškimuose ir argumentuose, todėl gali patekti savo profesionalių kolegų įtakon. Trečias ir pats įdomiausias dalykas yra tai, kad net jeigu neteisininkas galės epistemiškai prisidėti prie apeliacinio sprendimo, į gerai funkcionuojančią teisės sistemą įeina ir sandėris tarp tiesos ir stabilumo. Teisės profesijos vieningumas apriboja teisinio tyrimo stiprumą, tačiau padeda stabilizuoti teisines pareigas.

Kilmės požiūris. Ankstesniuose skyriuose turėta omenyje ir šiame skyriuje paliesta teismų sprendimų priėmimo koncepcija iškelia teismų teisėtumo klausimą: kas įgaliojo teisėjus spręsti bylas, vadovaujantis socialine vizija? Tačiau toks klausimo formulavimas slapta apeliuoja į konkrečią politinę teoriją, kuri teisėją laiko įstatymų leidėjų, konstitucijos rengėjų ir ankstesnių teisėjų agentu. Dėl to ji primygtinai reikalauja, kad kiekvienas teismų sprendimas aiškiai pabrėžtų vadovaujantį principą, kitaip tariant, kad sprendimai turėtų kilmę[20]. „Konstitucija reikalauja, kad bet kokia valdžia būtų teisėta ... Konstituciją taikantys teisėjai ... turi atsižvelgti ir vadovautis kitais priimtais sprendimais. Priešingu atveju jų pasisakymai turės tokį pat autoritetą kaip jie ... ir aš turime, pripildydami teisės apžvalgos žurnalus savo spekuliacijomis ir troškimais. O kitos sritys neprivalo paklusti toms, kurios postringauja be jokio autoriteto ... Teisėjai gali teisėtai reikalauti, kad jiems būtų paklūstama tik tuomet, kai jų sprendimai kyla iš tekstuose išdėstytų nurodymų teisingų interpretacijų"[21].

Kilmės požiūris remiasi abejotina samprata apie tai, kodėl teismų sprendimai yra ir turi būti vykdomi (kadangi jie turi kilmę). Pagrindinė priežastis, kodėl laikomasi teismų sprendimų, yra dėl nesilaikymo kylantys nemalonumai: už teismo paliepimų niekinimą numatomos rimtos sankcijos. Nors šios pasekmės iš esmės priklauso nuo

[19] Argumentas yra pateiktas Frederic Schauer, „*Judging in a Corner of the Law*", 61 Southern California Law Review, 1988, p. 1717, 1732, ir kritikuotas Lawrence B. Solum, „*The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection*", in idem, p. 1735. Doris Marie Provine, *Judging Credentials: Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism*, 1986.

[20] Analogiškai tokiems dalykams, apie kuriuos sužinome sudarydami grandinę tarp savęs ir tiesioginių liudininkų, pavyzdžiui, savo vardui, gimimo vietai arba faktui, kad Prancūzijos imperatorius kažkada buvo Napoleonas Bonapartas. Tačiau tai yra metodas nustatyti episteminį autoritetą, o ne valdžios. Stipriausiai šiais laikais mano vadinamą „kilmės" teisinio legitimumo teoriją pagrindė Frank Easterbrook. Žr., pvz., „*Method, Result, and Authority: A Reply*", 98 Harward Law Review, 1985, p. 622; „*The Influence of Judicial Review on Constitutional Theory*", *in A Workable Government? The Constitution after 200 Years*, Burke Marshall ed. 1987, p. 170; „*The Role of Original Intent in Statutory Construction*", 11 Harward Journal of Law and Public Policy, 1988, p. 59.

[21] „*Method, Result, and Authority*", op.cit. 20, p. 628–629.

vykdomosios valdžios noro įgyvendinti teismų sprendimus ir nuo įstatymų leidžiamosios valdžios noro mokėti už šias pastangas, t. y. mokėti patiems teismams, būtų naivu tikėtis, kad kitų valdžių noras bendradarbiauti su teismo valdžia priklauso nuo teismų sau paskirtų „tekstuose išdėstytų nurodymų teisingų interpretacijų." Tas noras gali būti susijęs su visuomenės pasitikėjimu teismais[22]. Tačiau nėra jokių įrodymų, kad toks pasitikėjimas priklauso nuo to, kaip skrupulingai teismai interpretuoja tekstuose išdėstytus nurodymus. Apie pastarąsias visuomenė žino labai mažai, kitaip nei apie teisingumo ir teisybės sąvokas, kurios nepriklauso nuo ištikimybės tekstams[23].

Jei paklausime, kodėl oficialūs ir neoficialūs asmenys privalo laikytis teismo sprendimų, natūralus atsakymas (kuris taip pat yra ir natūralus teisininko atsakymas) bus toks – laikytis reikia todėl, jog jie yra teisingi[24]. Tačiau ką reiškia „teisingi" šiame kontekste? Ar tai reiškia gerą kilmę turintį sprendimą? Jei įstatymas ar Konstitucijos nuostata yra neteisingi, ar juos įgyvendinantis sprendimas vis tiek bus teisingas tiesiog dėl ištikimybės neteisingam šaltiniui? Teigiamas atsakymas būtų paradoksalus ir implikuotų tolesnį paradoksą, kad neteisingas sprendimas tampa teismų teisėtumo testu; jis reikalauja būti vykdomas kitų valdžios institucijų, nes rodo, kad teisėjai iš tiesų yra ištikimi pareigūnai – tik tokia ištikimybė gali paaiškinti negražią išvadą. Kaip pavyzdys Angelo žodžiai dramoje *Measure for Measure*: „Įstatymas, ne aš, nuteisia tavo brolį./ Ar jis būtų mano giminaitis, brolis ar sūnus,/ vis tiek jam taip nutiktų" (II aktas, 2 scena, II. P. 84–86).

Turime teisę paklausti, kodėl teisėjo kaip „ištikimo pareigūno" koncepcija yra teisinga? Ar tam, kad žmonėms parodytume, koks puikus institucijų vaidmuo? Kad

22 Tom R. Tyler, Kenneth A. Rasinski, Kathleen M. McGraw, „*The Influence of Perceived Injustice on the Endorsement of Political Leaders*", 15 Journal of Applied Social Psychology, 1985, p. 700.

23 Vienintelė „rakštis" yra Roberto Borko paskyrimas Aukščiausiojo Teismo teisėju. Jo pozityvizmas sukėlė neigiamą visuomenės nuomonę. Kita „rakštis" (ne visai nuosekliai) yra kiek stebinantis visuomenės suvokimo apie teismus, įskaitant ir Aukščiausiąjį Teismą, ribotumas. Žr. Alan Hyde, „*The Concept of Legitimation in the Sociology of Law*", Wisconsin law Review 1983, p. 379, 408; Austin Sarat, „*Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence*", 11 Law and Society Review,1977, p. 427, 438–439. Tiesioginį įrodymą, kad egzistuojantis visuomenės pasitikėjimas teismais neturi nieko bendra su pagrindinių vertybių laikymusi teismuose, apie ką visuomenė nieko neišmano, žr. Richard Lehne, John Reynolds, „*The Impact of Judicial Activism on Public Opinion*", 22 American Journal of Political Science, 1978, p. 896; Gregory Casey, „*The Supreme Court and Myth: An Empirical Investigation*", 8 Law and Society Review, 1974, p. 385; Roger Handberg, William S. Maddox, „*Public Support for the Supreme Court in the 1970s*", 10 American Politics Quarterly, 1982, p. 333. „Žmonės mato Aukščiausiąjį Teismą įprastos Amerikos politikos kontekste. Jie žiūri į Teismą kaip į respublikonus ir demokratus ir vertina jį tuo pačiu matu kaip ir politikus per rinkimus. Kenneth M. Dolbeare, Phillip E. Hammond, „*The Political Party Basis of Attitudes toward the Supreme Court*", 32 Public Opinion Quarterly, 1968, p. 16, 30. Teisininkų pateikiamą politinės schemos, kurioje veikia teismai, menką koncepcijos realumą pagrindžia Stephen M. Griffin, „*What is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition*", 62 Southern California Law Review, 1989, p. 493, 506–529.

24 Philip Soper, *A Theory of Law*, 1984, tema. Iš to seka, kad egzistuoja moralinė pareiga laikytis įstatymų. Aš nesu tuo tikras; žr. 7 skyrių.

atgaivintume viešajame gyvenime reikalingą disciplinos pojūtį? Skatintume tikrumą? Sumažintume teismų darbo krūvį? Apsaugotume teismus nuo politinių prieštaravimų? Kad priskirtume vyriausybei funkcijas pagal lyginamąją institucinę kompetenciją? (Galbūt įstatymų rengėjai geriau išmano politiką negu teisėjai.) Ar dėl to, kad teisės viešpatavimo vertybių, kurios yra tikros ir svarbios, negalima pasiekti kitaip ir praktikoje, ir teorijoje? Keli iš šių atsakymų ar netgi visi jie gali būti geri, išskyrus pasitikėjimo teismais palaikymą, tačiau tą reikia pademonstruoti, o ne tik teigti. Kitą blogą atsakymą pateikė Hamiltonas leidinyje *Federalist No. 78*: teisėjai, kurie prasiskverbia prie pat Konstitucijos originaliosios prasmės, yra liaudies suvereniteto autentiški orakulai, nes Konstituciją priėmė Jungtinių Valstijų žmonės. Tai yra dirbtina net atmetus gerai žinomą Konstitucijos kūrėjų nepasitikėjimą liaudies vyriausybe (prisiminkime, kad originalioje Konstitucijoje tik Atstovų Rūmai buvo renkami tiesiogiai). Visi, balsavę už Konstituciją, jau seniai mirę, o būti valdomam mirusios praeities rankos dar nėra savivalda jokia aiškia prasme.

Iš tiesų kiekvienas teisėjas privalo prisiekti „stiprinti Konstituciją", o federaliniai teisėjai dar turi prisiekti spręsti bylas „pagal Konstituciją"[25]. Taigi teisėtas teisėjas yra varžomas Konstitucijos. Tačiau kyla klausimas, koks yra suvaržymo pobūdis tais atvejais, kai Konstitucija nepateikia jokių aiškių nurodymų, o priesaika taip pat neprideda aiškumo. Juk Konstitucija gali būti nestiprinama ar su ja nesutinkama ir tuomet, jei teisėjai nuleistų rankas, kai tekstas, istorija ar struktūra neatsako į klausimą, kaip ją interpretuoti ar taikyti.

„Ištikimo pareigūno" požiūrio neadekvatumą parodo Learnedo Hando argumentas prieš teismo avantiūrizmą. „Man būtų nuobodu gyventi valdomam Platono sargybinių būrio ... Man trūktų stimulo, kad gyvenu visuomenėje, kurioje aš bent jau teoriškai darau įtaką daliai visuomeninių reikalų"[26]. Tai yra argumentas ne „už" ištikimas institucijas, bet „prieš" konstitucinę teisę. Ištikimas pareigūnas kartais užsiims erzinančių apribojimų įgyvendinimu. Jei tokių apribojimų atžvilgiu modernūs teisėjai toleruos modernių požiūrių įtaką jų sprendimams, tuomet gyventojai atliks bent jau netiesioginį vaidmenį visuomeniniuose reikaluose, žinybinguose teismui. Tačiau jei šiuolaikiniai teisėjai yra prieš šimtmečius priimtos Konstitucijos autorių sprendimų išpažinėjai, šiandienos piliečiai neturės galimybės patys kurti savo likimų senųjų aktų draudžiamose srityse kitaip, kaip per varginantį konstitucinių pataisų mechanizmą.

Tinkamos laisvės teisėjams klausimas yra nepajudinamas teoriniu lygiu; jį reiktų performuluoti empiriniais, praktiniais terminais. Ar mes norime, kad teisėjai vaidintų didesnį ar mažesnį vaidmenį valdant ir įgyvendinant vyriausybės politiką? (Ir kas tie „mes"?) Kokie galimi nuostoliai? Kuris pasirinkimas duotų geresnius rezultatus (jų nuspėjimo ribose), įvertinus visus aspektus? Klausimą, kokie turėtų būti teisėjai – aktyvūs ar pasyvūs, kuklūs ar agresyvūs, reikia spręsti tiesiogiai, o ne temdyti jį nesibaigiančiomis kalbomis apie teisėtumą. Faktiškai konsekvencionalistiniai argumentai

[25] U.S. Const., art. IV; 28 U.S.C. § 453.

[26] *The Bill of Rights: The Oliver Wendell Holmes Lectures*, 1958, p. 73.

pateikiami formalistinėms pozicijoms paremti. Pavyzdžiui, formalistas nurodys, kad teisėjai rizikuos savo prestižu, nešališkumu, galbūt ir ilgalaikiu efektyvumu, jeigu jie įsivels į politiškai prieštaringas sritis. Tai yra tiesa, bet reikia paklausti, vardan ko teisėjai saugo savo prestižą, savo galias daryti gera ir kokie yra šio saugojimo kaštai.

Teisėjas, kuris yra įsitikinęs, kad autoritetingai pasisakyti gali tik kaip suvereno agentas ar ruporas, greičiausiai yra prisiekęs teisės pozityvistas, t. y. tikintis, kad etiniai vertinimai (plačiąja prasme apimantys ir visuomeninės politikos nuostatas, kurios dažnai laikomos pernelyg paprastomis, kad taptų etinėmis) nėra teisinių įsipareigojimų šaltiniai, kol neįkūnijami įstatyme ar konstitucijoje. „Tvirtame" teisės pozityviste slypi moralinis ir episteminis skeptikas. Neseniai išspausdinta esė, teigianti, jog Holmesas buvo vienas iš jų, tvirtina, kad jo „teiginys, jog nėra tokio požiūrio, kuris gali reikalauti sau pirmumo savo preziumuojamo objektyvumo pagrindu" leidžia suprasti „teisėjo vaidmenį ne kaip arbitro, turinčio išspręsti bylą pagal konkrečius duomenis, bet kaip dirigento, kuris kiekvienoje byloje nusprendžia, kieno balsas turi būti girdimas ... Teisėjo pareiga yra išsiaiškinti, kurio asmens ar institucijos pozicija turi didžiausią teisę daryti įtaką bylos sprendimui."[27] Metaforų parinkimas šiek tiek kliūva, nes orkestro dirigentą įsivaizduojame kaip „aktyvesnę" figūrą už arbitrą. Kaip bebūtų, „dirigavimas" yra neabejotinai svarbi teisėjo užduoties dalis. Kuo skeptiškiau teisėjas vertins savo galimybę pasiekti objektyvumo versmes, tuo labiau jis norės leisti pasireikšti daugybei balsų. Ar tikrai? Jeigu jam tai nepasiekiama, tai lygiai taip pat nepasiekiama ir įstatymų rengėjams bei vykdomosios valdžios atstovams, kuriems nusileisti jis yra prašomas. Atrodo, tai yra aklavietė. Galiausiai, jei klausimas yra tik dėl tinkamos teisėjų pagarbos kitiems pareigūnams, tai kodėl to nepasakius tiesiai užuot įvilkinėjus į teisėtumo formą?

„Tvirtas" pozityvistas nėra skeptiškas vienu moraliniu – pagarbos aukštesnei valdžiai – klausimu. Bet argi tai ne iškreiptas moralinis požiūris būti skeptišku visų vertybių atžvilgiu, išskyrus paklusnumą? Ar tai ne pernelyg prūsiška Amerikos teisėjui? Vienas dalykas yra paskelbti, kad, jeigu teisėjai atsisakys ištikimų liaudies ir liaudies atstovų agentų mito (ar galbūt realybės), nugrius dangus; tai tiesiog nekorektiška. Visai kas kita yra pasakyti, kad dangus turėtų nugriūti. Paklusnumas taisyklėms yra tik viena vertybė iš daugelio[28] ir jai negalima suteikti teisingo „svorio", neįvertinus taisyklių turinio bei kitų susijusių socialinių ir moralinių vertybių. Keista, kad priešiškumo biurokratams ideologiją priėmusi tauta turi tiek daug teisėjų, kurie pripažįsta biurokratines vertybes.

[27] Catharine Wells Hantzis, „*Legal Innovation withis the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*", 82 *Northwestern University Law Review*, 1988, p. 541, 590–591. Atkreipkite dėmesį, kad skeptiškas teisėjas gali norėti kuo daugiau teismo valdžios deleguoti ne teisėjams (administratoriams, prisiekusiesiems ir t. t.), pripažindamas, kad tokios valdžios vykdymas turi pakankamai daug valios ir pajautimo, jog yra nesuderinamumas tarp teismo proceso bruožų ir įprastų vilčių dėl proceso. Vis dėlto galbūt dėl žavėjimosi valia kaip žmogaus savybe (žr. 7 skyrių) Holmesas nedrąsiai kalbėjo apie teismų sprendimų parėmimą tuo, ką jis vadino suverenia pasirinkimo prerogatyva.

[28] Žr. Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, 1964, p. 109.

Aš minėjau, kad kilmės požiūris turi būti pagrįstas, o ne tik postuluojamas. Tačiau galbūt neverta šiam reikalui skirti daug pastangų. Šiam požiūriui gali stigti turinio ar veržlumo, nes jam nereikia užkirsti kelio socialinės vizijos taikymo teismuose vaidmeniui, ir netgi dideliam vaidmeniui. Jeigu įstatymų ir konstitucinių nuostatų rengėjai žino, o jie privalo žinoti, kad priimant teismų sprendimus yra spraga, kurią teisėjai gali užpildyti tik politinėmis preferencijomis, etinėmis vertybėmis ir pan., galbūt galima teigti, kad būtent jie iš anksto ir sudarė sąlygas tokio pobūdžio sprendimams. Kita galimybė, žinoma, yra ta, kad jie priima tai kaip neišvengiamą teisėjų nepriklausomumo kainą, tačiau to nenori. Tai irgi tik prielaida. Jie gal pageidauja pailginti savo pareigūnų „grandinę", kad įstatymai ir ypač Konstitucija, kuriuos sunku pataisyti, nepasentų labai greitai.

Teisės mokslininkai, tikintys, kad teisėjai privalo būti ištikimi pareigūnai, taip pat yra linkę tikėti, kad įstatymų rengėjai, visų pirma Konstitucijos rengėjai, buvo toliaregiai žmonės, todėl jų paliepimai verti sąmoningų paklusnumo pastangų. Toks tikėjimas virsta kūrėjų dievinimu, t. y. požiūris, kad Konstitucijos rengėjai daugiau išmanė apie Amerikos valdymą 20 a. negu dabartinis Aukščiausiasis Teismas. Rengėjai galbūt buvo gabesnis kolektyvas nei Aukščiausiasis Teismas yra buvęs per visą istoriją, bet ir jie nebuvo aiškiaregiai. Tai nereiškia, kad Konstitucijoje įrašyti bendrieji principai yra pasenę, o tik tai, kad perrašant Konstituciją šiandien būtų pasiektas tobulesnis dokumentas (kai kurių asmenų vertinimu, Aukščiausiasis Teismas mėgino taip padaryti ir rezultatas yra jau ką tik paminėtas). Adamo Smitho paskelbti ekonomikos principai gali taip pat puikiai tikti 20 a. Amerikai kaip 18 a. Anglijai. Tiek teisės, tiek ekonomikos problema yra ta, kad sudėtingos situacijos būna ne principuose, o juos taikant. Beveik visi gali sutikti su Konstitucijoje įtvirtintais bendraisiais principais, ypač kol jie yra bendri, arba su nesvarbiais konkretumais (pavyzdžiui, per kiek dienų Prezidentas turi vetuoti įstatymą). Prieštaravimus sukelia tai, kad rengėjai nenumatė tų principų taikymo konkrečioms situacijoms. Rengėjai davė mums kompasą, bet nepateikė pavyzdžio.

Bet kuriuo atveju kuo labiau išmintingais ir toliaregiškais pripažįstami Konstitucijos rengėjai, tuo sunkiau tampa apkaltinti juos dėl požiūrio, kad teisėjai neturėtų priiminėti sprendimų kiekvienas atskirai. Jeigu jie buvo tokie išmintingi, tai žinojo, kaip elgsis jų kuriamos neįsivaizduojamai galingos teismų sistemos teisėjai. Argi žmonės nenori (prasmingąja žodžio „nori" reikšme) natūralių ir tikėtinų jų aktų pasekmių? Be to, patys įtakingiausi rengėjai buvo teisininkai, todėl nepanašu, kad jie būtų labai bijoję „imperatoriškojo" teismo. Tačiau negalima teigti, kad tokios baimės visiškai nebuvo jų diskusijose: 7-osios pataisos garantija dėl prisiekusiųjų teismo federalinėse civilinėse bylose rodo susirūpinimą federalinių teisėjų galiomis. Tačiau tai buvo nuolaida liaudies jausmams, nes kada gi teismų instituto nariai skundėsi dėl to, kad teismai turi per daug galių? 1920–1930 m. besiskundusieji teisės realistai ir šiais laikais besiskundžiantieji konservatoriai yra tik mažumą sudarantys profesijos atstovai. Teisių bilyje įtvirtintos teisės dažniausiai buvo sukurtos Anglijos teismų sistemos, pagal kurią ir yra sumodeliuota Konstitucijos III straipsnyje numatyta federalinė teismų valdžia. III straips-

nis numatė labiau nepriklausomus teismus net už Anglijos Karališkuosius. Konstitucijos rengėjai nepasitikėjo įstatymų leidžiamąja valdžia. Iš tiesų III straipsnis atsirado anksčiau už Teisių bilį, kurį rengėjai priėmė nenoriai; be Teisių bilio federalinių teismų vaidmuo būtų buvęs mažesnis, nors jis vis tiek būtų buvęs pakankamas svarstyti Johno Marshallo Aukščiausiojo Teismo sprendimus, kurie rėmėsi ne Teisių biliu, o originalia Konstitucija. Vienas iš sunkumų išgauti iš Konstitucijos nuoseklią politiką yra tai, kad ji nėra vieningas dokumentas, o rinkinys, atspindintis painias ir persipynusias įvairių politinių frakcijų bei Amerikos politinės istorijos etapų vertybes.

Galiausiai reikia pabrėžti, kad Konstitucijos rengėjai buvo revoliucionieriai, kurie pranoko savo įgaliojimus pateikdami Konstituciją ratifikuoti liaudžiai, o pietinės valstijos buvo priverstos prievarta ratifikuoti vadinamąsias Pilietinio karo pataisas. Konstitucinės teisės „nuosavybę patvirtinantys aktai" yra parašyti krauju; „kilmė" prasideda nuo uzurpacijos. Cardozo teiginys (žr. Įvadą), kad išmintingam teismo sprendimui „ant kaktos" parašytas jo teisės kilmės patvirtinimas, tik patvirtina kilmės nuostatą.

Nepaisant silpnųjų vietų, kilmės teorija gali pretenduoti į įstatymų ir Konstitucijos aiškinimo oficialią teoriją. Aš turiu omenyje tą teoriją, kurią viešai pripažįsta daugelis teisėjų. Taip gali būti iš dalies dėl išlikusio formalistinio galvojimo apie teisinį mąstymą, iš dalies dėl valstybės pareigūnų noro išvengti atsakomybės – juk perkelti atsakomybę seniai mirusiems rengėjams yra patogus išsisukinėjimo būdas, ir taip pat iš dalies dėl kilmės teorijos neapibrėžtumo. Paskutiniai du elementai yra susiję: kas galėtų būti teisėjams patraukliau už teismo teisėtumo teoriją, leidžiančią daryti ką tik nori su sąlyga, kad naudojama retorika bus akivaizdžiai savęs nepaneigianti?

Ne visos oficialios teorijos yra teisingos. Mūsų vyriausybės nefunkcionuotų, jei jų atstovai imtų rimtai vertinti kiekvieną teiginį apie demokratiją ir tautos suverenitetą. Dvi alternatyvos kilmės teorijai ypač tinka prie šio skyriaus temų. Viena jų, konservatyvioji (požiūrio, o ne politine prasme), teigia, kad Amerikos teisėjai, atrodo, visur ir visuomet naudojasi keturių žingsnių „politika", kurią aš aprašiau pavyzdyje apie antimonopolinius įstatymus, ir perša išvadą, kad būtų nenaudinga ir gal net rizikinga juos stabdyti („geriau pažįstamas velnias, negu ..."). Antroji, pragmatinė, tvirtina, kad, jei toks sprendimų priėmimo mechanizmas veikia, nereikia sukti galvos dėl to, kaip jis dera su Konstitucijos sukurta „švaria" organizacijos struktūra ir demokratijos teorija. Tačiau iš kur mes žinome, kad jis veikia, ir galime jį plėsti? Kas žino? Galbūt įtikinėjimo našta turi atitekti tam, kas ragina pakeisti nusistovėjusią praktiką didesnio ar mažesnio teismų agresyvumo link. Ar dera per greitai pasiduoti *status quo* tironijai?

Pripažįstu, kad šios dvi teismų teisėtumo teorijos įspūdžio nedaro. Jos taip pat nėra labai nutolusios nuo kilmės teorijos, ir ne tik dėl pastarosios „kempiniško" pobūdžio. Keturių žingsnių požiūris, kurį pasiūliau kaip pragmatinio ar „realistinio" sprendimo pavyzdį, neneigia, kad teismų nepriklausomumas sukuria pavojingą institucijai problemą, ir siūlo teisėjams imtis vadovų, o ne agentų vaidmens. Jis suteikia jiems kūrybinį vaidmenį, tačiau tam tikruose rėmuose, kurie subordinuoja teisėjus Konstitucijos rengėjams ir, žinoma, pačiai Konstitucijai. Svarbiausia, kaip ir kuo geriau atlikti šį vaidmenį.

Stipriausias argumentas „už" kilmės ir „prieš" pragmatinį ar „realistinį" požiūrius ir pats gali būti pragmatiškas: teisėjai tiesiog nėra pakankamai išsilavinę išmintingiems esminiams sprendimams priimti ir svarsto daugybę prieštaringų nuomonių, įskaitant teisės viešpatavimo argumentus „prieš" svarstymą. Sutinku, kad taisyklės tikrai palengvina galvojimo naštą. Tačiau tai nėra pasirinkimas tarp neišmintingų esminių sprendimų ir išmintingų taikymo sprendimų. Išmintis priimant sprendimus reikalauja jausti, kada taisyklės baigiasi ir kada (tai nebūtinai yra kitas klausimas) būtų didelė klaida taikyti konkrečią taisyklę kaip „rašytinę". Sprendimas taikyti ir kaip taikyti taisyklę yra esminis (politinis) sprendimas. Analizuojant giliau, iš kur mes žinome, kad įstatymų leidėjai yra geresni politikos rengėjai už teisėjus? Be abejo, taip gali būti, jei jie sugebėtų nusimesti interesų grupių spaudimo naštą, reformuoti įstatymų leidimo procedūras ir išplėsti savo politikos horizontus už artimiausių rinkimų ribų. Jei jie negali to padaryti, jų lyginamieji instituciniai pranašumai yra fantazija. Tikrus teisėjus lyginti su idealiais įstatymų rengėjais reiškia padaryti Nirvanos klaidą.

Apibendrinu: jei kilmės požiūris būtų priverstinis galbūt, pavyzdžiui, dėl to, kad jis yra paslėptas sprendimo priėmimo apibrėžime, mes galėtume jį pripažinti, kaip sutinkame, kad devynių šaknis yra lygi trims. Tačiau, kadangi jis nėra priverstinis, jį reikia pateisinti. Reikia parodyti, kad tai geras ar bent jau geresnis dalykas už alternatyvas. Propaguotojai dar turės tai padaryti.

Pavyzdžiai. Pradėsiu nuo pavyzdžio apie „formalistinį nerimą", t. y. teisėjų baimę pasirodyti priimančiais esminius sprendimus. Dažnai įstatymai yra priimami nenurodant terminų, per kuriuos gali būti pateikiami ieškiniai pagal tuos įstatymus, t. y. be įstatymų apribojimų. Tokiu atveju teismas ima ieškoti panašaus įstatymo, kuriame yra įstatymų apribojimai, ir „pasiskolina" pastaruosius, kad panaudotų spragų turinčiame įstatyme (jie gali panaudoti ir teismų sukurtą ieškininę senatį, kuri užkirstų kelią ieškiniui, nepateiktam per „pagrįstą laikotarpį"). Kodėl teisėjai taip elgiasi užuot pritaikę tam įstatymui tinkantį metų skaičių? Standartinis atsakymas: kaip bebūtų keista, įstatymų apribojimų parinkimas yra įstatymų leidybos, o ne teismų kompetencija. Tačiau toks atsakymas negali būti teisingas. Jei taip būtų, tai būtų galutinis argumentas „prieš" „pasiskolinimą". Iš tikrųjų teisėjams yra geriau žinomi įstatymų apribojimų parinkimo kriterijai nei įstatymų rengėjams, nes tie kriterijai yra laiko poveikio teismo sprendimo tikslumui pasekmė. Tai apima ir senų ieškinių įtaką naujų ieškinių nagrinėjimo teismuose eilei ir pageidavimą, kad potencialūs atsakovai, pasibaigus visiems žinomam laikotarpiui, galėtų užsiimti savo reikalais nesijaudindami dėl galimybės būti persekiojami teismo tvarka. Priežastis, dėl kurios teismai nesiims parinkti senaties termino, yra ta, kad neįmanoma net suvaidinti samprotavimų, kurie nulemtų konkretų skaičių. Teisėjas gali pateikti argumentų, kodėl vienas įstatymas yra panašus į kitą, bet neturi galimybių paaiškinti, kodėl pasirinktas senaties terminas yra treji metai, o ne ketveri arba dešimt metų, o ne aštuoneri, arba šimtas aštuoniasdešimt dienų, o ne du šimtai keturiasdešimt. Neįmanoma nuslėpti pasirinkimo laisvės, diskretumo elemento. Teisėjai pageidauja nuslėpti faktą, kad jie daugeliu atvejų turi pasirinkimo laisvę (įskaitant ir įstatymų apribojimų parinkimą!) todėl, kad kitoks pa-

sirinkimas tuomet galėtų būti lygiai taip pat smarkiai ginamas. Visgi „pasiskolinimo" metodas, jeigu jį vertintume kaip analoginio mąstymo formą, atrodo labai melagingas ir visiškai nutolęs nuo šios metodologijos bendrųjų silpnybių. Įstatymai dažnai yra susitarimo su interesų grupėmis produktas (žr. 9 skyrių), todėl negalima daryti išvados, kad įstatymų senaties apribojimai yra *bona-fide* nustatytas optimalus laikotarpis. „Teismas, pasiskolindamas" įstatymų apribojimus ir perkeldamas juos į kitą įstatymą, nejučia perkeltų ir interesų grupės siekius į pakankamai nutolusią nuo jos idėjos sritį ir taip nenorom neatstovautų visuomenės interesams.

Kitas mano pavyzdys apie sprendimų priėmimą kaip politiką yra *Bolling v. Sharpe* byla[29], kuri buvo išspręsta tą pačią dieną kaip ir *Brown v. Board of Education*. Ginčas buvo dėl to, ar rasinė segregacija Kolumbijos apygardos visuomeninėse mokyklose prieštarauja Konstitucijai. Aukščiausiasis Teismas nusprendė, kad prieštarauja, kadangi 5-osios pataisos nuostatoje dėl teisingo proceso rado lygios apsaugos garantiją. Tai buvo išplėstas aiškinimas. 14-oji pataisa numato lygią apsaugą ir teisingą procesą, tačiau nėra taikoma Federalinei Vyriausybei. 5-oji pataisa, kuri taikoma Federalinei Vyriausybei (ir ne tik), nenumato lygios apsaugos. Kiek tai susiję su *Bolling* byla, ji numato tik teisingą procesą, kurio formuluotėje nėra jokios užuominos apie rasinę diskriminaciją. Nors termino „teisingas procesas" antecedentai neaiškūs ir iki Pirmojo pasaulinio karo leido teisėjams manyti, kad juose gali būti prigimtinės teisės principų[30], šiais laikais Aukščiausiasis Teismas nenuosekliai, bet bendrai atsižadėjo šios interpretacijos, siekdamas sukurti tam tikrus konstitucinės teisės rėmus. Problema yra identifikuoti „laisvę" ar „nuosavybę", kurių neteko ieškovai *Bolling* byloje. (Teisingo proceso nuostata galioja tik gyvybės, laisvės ir nuosavybės atėmimui.) Be to, jeigu 5-osios pataisos nuostata dėl teisingo proceso draudžia rasinę diskriminaciją, tai kodėl 14-osios pataisos rengėjai, įtraukę teisingo proceso nuostatą valstijoms, susirūpino pridėti nuostatą dėl lygios apsaugos? Jei jie norėjo tik dukart apsidrausti, kodėl, siekdami išvengti neigiamų pasekmių, nepaskelbė, kad lygios apsaugos reikalavimas galioja ir Federalinei Vyriausybei?

14-osios pataisos rengėjai galėjo ir tyčia apriboti lygios apsaugos reikalavimo galiojimą tik valstijoms. 14-oji pataisa buvo federalinės valdžios įtvirtinimas. Ne Federalinė Vyriausybė, o valstijos engė juodaodžius. Apgalvotai ar ne, reikalavimas suformuluotas sunkiai suprantama kalba ir draudžia nesuteikti lygios įstatymų apsaugos tik valstijoms. Iš bet kurios ortodoksiškos teisės teorijos seka, kad lygios apsaugos reikalavimas nebuvo taikytinas Kolumbijos apygardos mokykloms, o teisingo pro-

[29] 347 U.S. 497 (1954).

[30] Pats garsiausias, nors ir neaiškus pavyzdys yra diskusija apie „žemės teisę" byloje *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. (18 How.), 1855, p. 272, 276. Kritiką žr. David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years: 1789–1888*, 1985, p. 272, 276, 304. Kitus antecedentus aptaria Daniel A. Farber, „*Legal Pragmatism and the Constitution*", 72 Minnesota Law Review, 1988, p. 1331, 1350–1353, ir Suzanna Sherry, „*The Framers' Unwritten Constitution*", 54 University of Chicago Law Review, 1987, p. 1127.

ceso nuostata netaikytina spragai užpildyti. Tačiau Aukščiausiasis Teismas turėjo nujausti, jog leisti segregaciją sostinės, kurioje dirba pats Teismas, mokyklose, kai valstijose segregaciją Teismas pripažįsta neteisėta, būtų netoleruotina anomalija, tačiau daugiau politine nei įprasta „teisine" kalba. Tai būtų atrodę lyg Teismo pastangos įrodyti, kad desegregacijos nepatogumų neatsirastų jo paties teismingumo teritorijoje. Toks sprendimas atrodytų ne tik veidmainiškas, tačiau taip pat užtemdytų *Brown v. Board of Education* bylos signalą ir pamintų to sprendimo moralinę ir politinę galią.

Bolling byla išmėgina teismo galimybių ribas įprastinėmis teisės žiniomis. Jei teisėjai reguliariai tvirtina, kad teisė reikalauja išvados A, tačiau išvada B yra politiškai prasmingesnė ir todėl renkamės B, tai tokioje teisės sistemoje kažkas yra negerai. (Jie niekada to nepasakys viešai). Išvada, kuriai trūksta politinės prasmės, kuri yra blogos politikos atspindys ir kuri aiškiai sukelia nevykusias pasekmes, tiesiog dėl šio fakto būta ne tos išvados, kurios reikalauja (leidžia?) įstatymas.

Hansas Linde'as užsipuolė *Bolling* bylą kaip realistinio teismų sprendimo priėmimo santrauką, kurios stiliui jis prieštarauja[31]. Tačiau pusę savo kritikos jis skiria spėjimui, kad segregacijai palankaus sprendimo praktinės pasekmės nebūtų buvusios nevykusios. Toks sprendimas šokiravęs Kongresą, paskatinęs jį atsakingai spręsti segregacijos problemą apskritai ir taip užkirtęs kelią Pietų valstijoms masiškai pasipriešinti *Brown v. Board of Education* sprendimui. Skaitytojui gali susidaryti įspūdis, kurio tikriausiai nebuvo siekiama, jog net ir politinėmis paprastai laikomos pasekmės yra siejamos su teismo užduotimis. Linde'as nepasitiki teisėjų sugebėjimais teisingai vertinti pasekmes ir jis yra teisus. Bet ar tam yra alternatyva? Jis siūlo „kurti šiandienę praeities politinių sprendimų prasmę"[32], tačiau ką tai reiškia?

Ray v. Blair[33] byla pateikia kitą teismų Realpolitik iliustraciją. Alabamos parlamentas priėmė įstatymą, numatantį, kad Prezidento rinkikai, kurie pagal Alabamos įstatymus išrenkami valstijos pirminiuose rinkimuose, Rinkikų kolegijoje privalo balsuoti už savo partijos nacionalinio konvento iškeltus asmenis. Įstatymas buvo sukritikuotas tuo pagrindu, kad jis atėmė rinkikų nepriklausomybę. Konstitucijos rengėjai akivaizdžiai siekė, kad Rinkikų kolegija būtų nepriklausomas debatų organas, o ne veiktų kaip valstijos rinkėjų štampas[34]. Tai buvo viena iš kelių demokratiją „tirpdančių" priemonių, kurios buvo numatytos kuriamoje valdymo sistemoje. Nepaisant to, Aukščiausiasis Teismas pritarė Alabamos įstatymui. Amerikos žmonės yra įsitikinę, kad Prezidentą renka jie, o ne „nepriklausomų" rinkikų, kurių beveik niekas nepažįsta, klika. Alabamos įstatymas buvo priimtas „Dixiecrat" rinkikų maišto prieš Trumano išrinki-

[31] Žr. Hans A. Linde, „*Judges, Critics, and the Realist Tradition*", 82 Yale Law Journal, 1972, p. 227, 233–234.

[32] Idem, p. 255. Sakydamas „praeities politiniai sprendimai" jis turėjo omenyje Konstitucijos rengėjų sprendimus.

[33] 343 U.S. 214, 1952.

[34] Žr. idem, p. 228–229, nr. 15–16, ir *Federalist No. 68* (Hamilton).

mą 1948 m. išvakarėse. Išsibėgiojančių rinkikų perspektyva kelia didelį nerimą, nes gali pasėti tikros konstitucinės krizės sėklas, todėl teismas pademonstravo politinę išmintį, atsisakydamas suteikti dirvą tokiai sėklai.

Teisėjo Jacksono atskiroji nuomonė *Ray* byloje yra stebinantis faktas, nes dešimčia metų anksčiau jis pateikė vieną iš pragmatiškiausių nuomonių Aukščiausiojo Teismo istorijoje. Aš turiu omenyje antrąją vėliavos pagerbimo bylą *West Virginia State Board of Education v. Barnette*[35]. Trejais metais anksčiau byloje *Minersville School District v. Gobitis*[36] teismas nusprendė, kad Konstitucija nereikalauja iš viešųjų mokyklų vadovybės atleisti Jehovos liudytojų vaikus nuo vėliavos pagerbimo ir priesaikos jai, nors tokie aktai ir prieštarauja Jehovos liudytojų įsitikinimams. *Barnette* byloje, kurioje buvo pareikšta galbūt per visą Aukščiausiojo Teismo istoriją iškalbingiausia daugumos nuomonė, Teismas priėjo prie priešingos išvados ir panaikino *Gobitis* sprendimą[37]. Teisėjas Frankfurteris, *Gobitis* autorius, parašė piktą nesutikimą.

Jacksonas pripažįsta, kad jo sprendimo nenulemia Konstitucijos tekstas ir istorija (o tik precedentas):

> Užduotis išversti Teisių bilio, kuris suvokiamas kaip aštuonioliktojo amžiaus liberalios vyriausybės modelio dalis, iškilmingus bendruosius teiginius į konkrečius apribojimus dvidešimtojo amžiaus pareigūnams yra pasitikėjimo savimi žlugdymas. Šie principai augo dirvoje, kurioje taip pat subrendo filosofija, kad individas yra visuomenės centras, kad jo laisvė yra pasiekiama per vyriausybinių apribojimų nebuvimą, kad vyriausybei turi būti patikėtos tik kelios kontrolės funkcijos ir lengviausios formos piliečių reikalų priežiūra. Šias teises turime persodinti į dirvą, kurioje *laissez-faire* koncepcija arba nesikišimo principas „nudžiūvo" bent jau ekonomikos reikaluose, o socialinės pažangos vis stipriau siekiama per gilesnę visuomenės integraciją ir išplėstą bei sustiprintą vyriausybės kontrolę. Tokios pasikeitusios sąlygos dažnai panaikina precedentų patikimumą ir verčia mus labiau nei norėtumėme pasitikėti savo pačių sprendimais (p. 639–640).

Jehovos liudytojų įsižeidimas dėl vėliavos pagerbimo ir priesaikos buvo pakankamai lėkštas. Sunkiau atsakyti, ar jo nenusvėrė nacionalinės vienybės poreikis. *Gobitis* sprendime yra pastebėta, kad „nacionalinė vienybė yra nacionalinio saugumo pagrindas"[38]. Šį pastebėjimą apibūdindamas kaip *Gobitis* išvadų pačią esmę, Jacksonas savo

[35] 319 U.S. 624 (1943). Tolesnės šios bylos puslapių nuorodos yra tekste.

[36] 310 U.S. 586 (1940).

[37] „Manome, kad vietinės valdžios veiksmai, verčiantys pagerbti vėliavą ir prisiekti, peržengia jų konstitucinės galios ribas ir įžengia į intelektinę ir dvasinę sferą, kurią saugoti nuo oficialaus kontroliavimo yra mūsų Konstitucijos 1-osios pataisos tikslas". P. 642. Teisėjo Jacksono nuomonė yra iš tikrųjų daugumos nuomonė, nes tik trys kiti teisėjai visiškai pritarė sprendimui; tačiau tuo metu buvo priimtas daugumos verdiktas. Kad pamatytume liūdną teismo elegancijos nuosmukio komentarą, palyginkite nuomones *Barnette* bylą su *Texas v. Johnson* byla, 109 S. Ct. 2533 (1989) – aštuoniasdešimtųjų metų *Barnette*, panaikinančia valstijos įstatymą, kuris draudė nepagarbą Amerikos vėliavai.

[38] 310 U.S. p. 595.

nuomonę sieja su klausimu (kuris yra labiau faktinis, nei teisinis), ar privalomas vėliavos pagerbimas ir priesaika veiksmingai skatina nacionalinę vienybę. Jis daro išvadą, kad tiek senos, tiek modernios istorijos pamokos sako „ne":

> Pastangų priverstinai įtvirtinti sanglaudą visiška tuštybė matoma iš tokių pamokų kaip romėnų noras išnaikinti pagonišką vienybę griovusią krikščionybę, inkvizicija religinei ir dinastijų vienybei pasiekti, tremtis į Sibirą Rusijos vienybei pasiekti ir dabartinių totalitarinių režimų greitai žlungančios pastangos. Tie, kurie imasi priverstinėmis priemonėmis eliminuoti nepritarimą, netrukus pradeda naikinti nepritariančiuosius. Priverstinė nuomonių unifikacija pasiekia tik kapinių vienybę ... Pirmoji Pataisa ... buvo sukurta išvengti tokių pasekmių, vengiant tokių užuomazgų ... Byla yra sudėtinga ne todėl, kad neaiškūs jos sprendimo principai, o todėl, kad joje yra mūsų pačių vėliava (p. 641).

Nuoroda į „dabartinių totalitarinių režimų greitai žlungančias pastangas" yra ypač svarbi. *Gobitis* sprendimas buvo priimtas 1940 m. birželį, kai vokiečiai laikėsi „aukštumoje" iš dalies, atrodo, dėl savo įspūdingos nacionalinės vienybės („*Ein Volk, Ein Reich, Ein Führer*"). 1943 m. birželį, kai buvo priimtas sprendimas *Barnette* byloje, vokiečiai jau traukėsi. Jų nacionalinė vienybė jau nebebuvo tokia įspūdinga, o demokratinė netvarka nebeatrodė tokia beprotiška kaip prieš trejus metus. Atrodė, kad patirtis iškraipė *Gobitis* prielaidą. Jacksonas tęsia savo kvintesencinį pragmatinį pastebėjimą apie įvairovės naudą: „Turėti intelektualų individualizmą ir turtingą kultūrinę įvairovę išskirtiniais protais galime tik sumokėdami pasitaikančio ekscentriškumo ir nenormalių požiūrių kainą" (p. 641–642). Išvadoje pabrėžiama ne konstitucinės teisės dogmatika, o privalomo vėliavos pagerbimo ir priesaikos pasekmės tiek Jehovos liudytojams, tiek likusiai bendruomenei.

Kaip keičiami teisėjų požiūriai?

Iškėliau teiginį, kad politiniai faktoriai ir kartais socialinė vizija turi sprendžiamąją įtaką pačiose sudėtingiausiose bylose. Galime tai pasakyti aštriau: teisėje niekuomet neignoruojamos pasekmės. Jei jos yra pakankamai sunkios, jos gali paveikti sprendimą, kokia bebūtų įprastinių teisinių argumentų pusiausvyra, kuri, pavyzdžiui, buvo gerokai palankesnė Džustiso Jacksono prieštaravimui *Ray v. Blair* byloje. Tačiau kiek gi pasekmės ar politika nulemia? Jei susiduria dvi socialinės vizijos, kuri iš jų nugali? Kaip teisėjas pasirenka tarp dviejų konkuruojančių socialinių vizijų? Dažnai bus renkamasi pagal giliai įaugusias asmenines vertybes, o šios vertybės dažniausiai nepasiduoda argumentams. Kartais įtikinimas pasireikš, tačiau tai bus įtikinimas per retoriką, o ne per geriausias argumentuoto aiškinimo formas. Argumentuotas aiškinimas nepadės pasirinkti tarp konkuruojančių socialinių vizijų – tą stebinančiai pailiustravo Hilary Putnam teiginys, kad „pagarbi panieka" yra sąžiningas ir natūralus po-

žiūris į asmenį, su kuriuo iš esmės nesutariama politinės filosofijos klausimais[39]. Teisėjas, kuris nori „parduoti" savo socialinę viziją kolegoms arba būsimiems teisėjams, tai daro pateikdamas ją patraukliojo ir pergalingoje šviesoje, tikėdamasis atversti skaitytoją į savo pažiūras. Dažnai tai daroma pateikiant savo pavyzdį – oratoriai tokią taktiką vadina „etiniu kreipimusi". Taigi, liberalas gali pateikti save kaip dalykišką, o konservatorius – kaip gailiaširdę asmenybę tam, kad nugalėtų „liberalams" ir „konservatoriams" priskiriamus stereotipus ir patrauktų priešingos stovyklos atstovus į savo pusę ar bent jau atšaldytų opozicijos užsidegimą. Arba varžovai gali siekti „galingu ir įtikinamu būdu iškelti auditorijos esmines vertybes" ir įrodinėti, kad tos vertybės reikalauja specifinio sprendimo nagrinėjamame ginče[40]. Teisėjas Jacksonas tokia technika labai pasinaudoja *Barnette* byloje.

Paskutinėje pastraipoje sąmoningai paminėjau atsivertimą, turėdamas galvoje šią Wittgensteino pastraipą:

> Tarkime, kad kas nors kalba apie pagrindus tikėti, jog žemė egzistuoja labai neseniai, pavyzdžiui, nuo jo gimimo. Tarkime, kad jam tas buvo nuolat kalama. Ar toks asmuo turi pagrindą tuo abejoti? Žmonės tikėjo, kad jie gali sukelti lietų. Kodėl karalius negalėtų būti užaugintas įsitikinęs, kad pasaulis prasidėjo kartu su juo? Ir jeigu Moore'as (G. E. Moore'as, kurio požiūrį į skepticizmą Wittgensteinas kritikuoja) susitiktų su karaliumi padiskutuoti, ar jis galėtų įtikinti karalių savo pažiūrų teisingumu? Nesakau, kad Moore'as nesugebėtų atversti karaliaus į savo pažiūras, tačiau toks atsivertimas būtų specifinis; karalius būtų priverstas kitaip pažvelgti į pasaulį.
>
> Nepamirškite, kad kartais žmogus yra įsitikinęs požiūrio teisingumu dėl jo paprastumo ir simetrijos. Pastarieji dalykai yra tai, kas skatina priimti tokį požiūrį. Žmogus tuomet sako tiesiog kažką panašaus į „taip turi būti"[41].

Perkeltas į teisinę aplinką atsivertimas turi sumaištį keliančių užuominų. Esame linkę manyti, kad atsivertimas yra staigus, giliai emocinis persijungimas iš vieno neracionalaus įsitikinimų rinkinio į kitą, kuris yra ne daugiau (dažnai mažiau) racionalus, nors Wittgensteino pavyzdys rodo priešingai. Esame linkę negalvoti apie atsiver-

[39] *Reason, Truth and History*, 1981, p. 166. Putnam pasakoja apie savo požiūrį į kolegą Robertą Nozicką.

[40] Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, 1987, p. 88–89. Apie teismų sprendimų retoriką žr. mano knygą *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988, sk. 6; Peter Goodrich, *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, 1986, sk. 6; Goodrich, *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, 1987; Robert A. Fergusos, *„Holmes and the Judicial Figure"*, 55 University of Chicago Law Review, 1988, p. 506. Pastaraisiais metais atsiradusį sudėtingų bylų skaičiaus padidėjimą sekė teismų retorikos kokybės pablogėjimas. Nepaprastai mažai pirmarūšės teisinės prozos yra parašyta nuo 1950-ųjų.

[41] Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, G. E. M. Anscombe and G. H. von Wright eds. 1969, 14e, (§92). Taip pat žr. 81e (§612) ir William James, *The Varieties of Religious Experience*, Frederic H. Burkhardt gen'l ed. 1985, p. 162.

timo faktą kaip apie svarbų argumentą „už" nugalėjusį tikėjimą. Nors dauguma teisininkų yra įsitikinę, kad jie užsiima racionaliu tyrimu, o ne religiniu įtikinėjimu, religinis impulsas yra beveik visuotinis. Jis ypač stiprus Jungtinėse Valstijose[42]. Daugeliui Amerikos pasauliečių, gavusių teisinį išsilavinimą, šis impulsas perauga į Konstitucijos kaip švento teksto garbinimą ir sprendimą lankytis vienoje iš bažnyčių, kurioje jam meldžiamasi. Teisininkai, teisėjai ir teisės profesoriai su religiniam uolumui būdingu užsidegimu puola ginti ne tik konstitucinės teisės nuostatų. Moterų judėjimo, kuris įgijo įtakos įvairiose teisės srityse, pagrindinis dalykas yra atsivertimas, visuminis persijungimas, kuris apima kitokį požiūrį į tradicinius moters vaidmenis (namų šeimininkės, motinos, „gerosios pusės" ir t. t.); į juos žvelgiama ne kaip į darbo pasidalijimą, esminių skirtumų pripažinimą, didvyriškai tylų savęs nuvertinimą ar paslaugumą, bet kaip į smegenų plovimą, priespaudą ir vergovę. Daugelis moterų ir kai kurie vyrai šiais laikais yra išauklėti taip galvoti apie tradicinį moterų vaidmenį, tačiau ne dėl to, kad jiems pateikiami įrodymai, jog taip „iš tikrųjų" yra, o dėl to, kad pateikiama nauja perspektyva, kuri vien žvilgtelėjus sukelia pripažinimo bangą.

Metafora, pasakojimas, palyginimas ir analogija savo simboline ar metaforine prasme čia yra svarbios sąvokos. Pagalvokite apie pastangas apginti abortus, palygindami nėščią moterį, kuriai uždrausta pasidaryti abortą, su pašaliniu asmeniu, kuris prieš savo valią verčiamas devynis mėnesius išlaikyti nepažįstamąjį (į šias pastangas pažvelgsime 11 skyriuje). Palyginimas nepakeičia jokių faktų apie abortus ir neiškelia jokių naujų. Jo tikslas yra išmušti žmones iš jų įprastinio mąstymo apie nėštumą ir abortus[43]. Swiftas tai pateikia aiškiai: „Neįmanoma iki galo samprotauti apie asmenį iš to, kuo jis nebuvo įtikintas".

Šie pastebėjimai yra pragmatiški. Įtikinimas ir protas yra linkę susilieti pragmatiškame požiūryje į tiesą. Jei praktiniais sumetimais tai, kuo tikėti yra gėra ir naudinga, arba kuo neįmanoma netikėti, yra tiesa, tuomet įtikinimas, taip pat kaip įrodymas, gali nustatyti tiesą, nes įtikinimas gali būti tvirtų įsitikinimų šaltinis. Tačiau proto ir įtikinimo susiliejimas, kaip jau matėme, padaro problemiška „tiesos" koncepciją ir taip paneigia teisės pretenzijas į racionalumą. Patinka tai, ar ne, kažkas panašaus į Wittgensteino aprašytą procesą, atrodo, paaiškina daugelį, kartu ir teismų personale (iš tikrųjų tai yra tas pats), seisminių pasikeitimų mūsų teisėje, pavyzdžiui, didžiulį atsakomybės išplėtimą beveik visose srityse nuo 1950-ųjų, kaltinamųjų ir kalinių teisių išplėtimą baudžiamajame procese, platesnį moterų teisių pripažinimą, konstitucinės teisės raidos šuolį.

Įvertinkite proporcijų perskirstymą. Iki vėlyvųjų 1950 metų idėja, kad blogas įstatymų leidybos pasiskirstymas gali pažeisti lygios apsaugos nuostatą, buvo neįsivaizduojama. Praėjus dvidešimčiai metų mintis apie tai, kad jis gali nepažeisti lygios ap-

[42] Žr. *Gallup Report No. 236: Religion in America 50 Yeasrs, 1935–1985*, 1985, p. 1, 53.

[43] „*What Metaphors Mean*" in Donald Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, 1984, p. 245, 261–264. Apie pagrindinę metaforos vietą teisėje žr. Steven L. Winter, „*Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law*", 137 University of Pennsylvania Law Review, 1989, p. 1105; taip pat nuorodas šios knygos 13 skyriuje.

saugos nuostatos, yra neįsivaizduojama. Kas pasikeitė per tą laiką? Nauja informacija neatskleidė jokios klaidos senajame mąstyme. Neatsirado jokių „tikrosios" lygios apsaugos nuostatos prasmės atradimų. 1950 ar 1960-aisiais buvo ir dabar yra labai mažai įrodymų, jog įstatymų leidybos bloga proporcija turėtų didesnių pasekmių viešajai politikai[44]. Dėl nesuprantamų priežasčių teisėjai ir teisininkai ėmė naujai vertinti lygios apsaugos nuostatą ir federalinių teismų vaidmenį[45]. Mes perdedame apeliacijų į objektyvią tiesą efektyvumą keičiant teisės doktriną, taip pat perdedame tokios tiesos teisėje svarbą.

Aš nenoriu teigti, kad viskas yra sąlygiška, priklausoma nuo supratimo, taip lyg talentingas poetas arba retorikos meistras galėtų naujų metaforų ar perspektyvų kūrimu pakeisti visuomenę. Aš netikiu neribotu žmogaus prigimties plastiškumu ar socialiniais susitarimais. Talentingi poetai gali atkreipti tautos dėmesį į faktus, tačiau negali jų sukurti. 13 skyriuje aš pateikiau „materialinį" moterų judėjimo paaiškinimą. *Baker v. Carr* byloje Aukščiausiasis Teismas nesukūrė nenuoseklumo neproporcingai derindamas įstatymų ir demokratijos teorijos. Piktnaudžiavimas neatrodė esąs tokio pobūdžio, kad federaliniai teismai turėtų stengtis juos taisyti, nes iš dalies buvo baiminamasi paskatinti konfrontaciją su valstijų teismais. Minėtu atveju baimė pasirodė nepagrįsta. Praėjus keliems federalinių teismų aktyvumo dešimtmečiams, mes žinome, kad daugelis valstijų yra patenkintos ir jaučia palengvėjimą, perleisdamos valdžią bei atsakomybę federalinei vyriausybei apskritai ir konkrečiai federaliniams teismams. Jei jos taip nesijaustų, *Baker* galėjo tapti tokia pat prieštaringa byla kaip *Roe v. Wade*. Noriu pasakyti tai, kad *Baker v. Carr* padarytas žingsnis į priekį, kaip ir kiti didieji lūžiai Amerikos teisėje 19 a., nebuvo gilių apmąstymų apie Konstitucijos ir *common law* reikšmę produktas. Dažnai tokie lūžiai nebūna netgi naujai gautos informacijos produktas (o tai – prasmė ir duomenys – nėra akivaizdžiai skirtingi dalykai), o tik atspindi besikeičiančius požiūrius. Dramatišką pavyzdį, t. y. *Plessy v. Ferguson* sprendimo pakeitimą *Brown v. Board of Education* byloje, panagrinėsime 10 skyriuje.

Vėliavos pagerbimo bylos yra dar vienas pavyzdys. Frankfurteris taip pat apeliavo į pasekmes, būtent pasekmes teisingai pusiausvyrai tarp teismų ir įstatymų rengėjų, jeigu teismai užimdavo pernelyg agresyvų vaidmenį, naikindami antiliberalius įstatymus. Kažkodėl tos pasekmės 1943 m. darė mažesnį įspūdį nei 1940-aisiais. Šiandien mes ma-

[44] Žr., pavyzdžiui, William H. Riker, *„Democracy and Representation: Reconciliation of Ball V. James and Reynolds V. Sims"*, 1 Supreme Court Economic Review 39, 1982, p. 41–55; Larry M. Schwab, *The Impact of Congressional Reapportionment and Redistricting*, 1988, p. 196–200; Timothy G. O'Rourke, *The Impact of Reapportionment*, 1980, p. 159. Keletas studijų atskleidė potencialiai reikšmingą proporcijų pakeitimo įtaką politikai. Žr. ypač Roger A. Hanson, Robert E. Crew, Jr., *„The Policy Impact of Reapportionment"*, 8 Law and Society Review, 1973, p. 69; Douglas G. Feig, *„Expenditures in the American States: The Impact of Court-Ordered Legislative Reapportionment"*, 6 American Politics Quarterly, 1978, p. 309. Tačiau nė viena iš man žinomų studijų nenustatė, kad Aukščiausiojo Teismo griežta pozicija „vienas žmogus – vienas balsas" turėtų įtakos politikai.

[45] Jan G. Deutsch, *„Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections between Law and Political Science"*, Stanford Law Review, 1968, p. 169, 224.

tome, kad Barnette buvo pirmas žingsnis į galingesnius federalinius teismus negu kai kas galvojo esant naudinga šaliai; taip pat galbūt ir į didesnį individualizmą nei būtų sveika. Noriu pasakyti ne tai, kad tokio žingsnio nereikėjo, o tai, kad jis geriausiai paaiškinamas požiūrių kaita, bet ne naujos informacijos gavimu, nors karas pateikė naujos netiesioginės informacijos apie privalomo vėliavos pagerbimo pasekmes[46].

Kritinės teisės studijos

I dalyje dėmesį sutelkiau į perdėtų įsitikinimų dėl teisinio mąstymo autonomijos bei įtikinamumo kritiką, tačiau neliečiau priešingo, t. y. teisės neapibrėžtumo ir subjektyvumo perdėjimo. Šis pastebėjimas atspindi faktą, kad tie įsitikinimai, į kuriuos sutelkiau dėmesį, yra ne tik labiau įsišakniję, priimtini tiek liberaliam, tiek konservatyviam teisinio-politinio spektro segmentams, bet ir labiau apginami nei priešinga nuomonė, kurios laikosi kai kurie ankstesnių kartų teisės realistai ir daugelis šiuolaikinių kritinių teisės studijų judėjimo narių. Jie teigia, kad visa teisė yra politika siaurąja ir diskredituojančia prasme, kurioje pasireiškia dešiniųjų politinės nuostatos. Šį požiūrį yra sunku įvertinti, nes jis suformuluotas nepaneigiama forma. Jei teisėjas ima elgtis priešingai jo deklaruojamiems politiniams interesams, šis elgesys aiškinamas kaip visuomenės akių dūmimas – dar stipresnių ideologinių saitų kūrimas pasirodant nešališku. Galbūt teisėjas ir daro taip. Teisės viešpatavimo ideologija nebūtų įtikinantis mistifikacijos ir kooptacijos metodas, jei kartais ji nebūtų panaudojama prieš turtinguosius ir galinguosius[47]. Tačiau tai sukelia didžiulių sunkumų empiriškai atskirti iš tikrųjų nešališką teisės administraciją nuo klasine orientacija persmelktos administracijos. Mes net negalėtume normatyviniu būdu jų atskirti. Kadangi teisėjai yra žmonės, mes negalime tikėtis visiškai nešališko teisingumo administravimo. Tad jei tam tikra pakraipa neišvengiama, kodėl subtiliai palankesni aukštesniajai klasei teismai turėtų būti labiau diskredituoti nei subtiliai palankesni žemesniajai klasei?

Diskusija rodo, jog kritinių teisės studijų judėjimas yra genetinio klaidingumo auka. Net jei taisyklių laikymosi motyvai teisėjams yra iš esmės politiniai, tai, kaip teisėjai laikosi taisyklių, yra atskirta nuo politikos. Peirce'o stiliaus pragmatikas (žr. 5 skyrių) būtų linkęs pateikti tai dar stipriau; teiginys, kad teisėjai laikosi taisyklių, nes jie yra gudrūs politikai, ir teiginys, kad jie tai daro, nes yra geri teisėjai, turi tas pačias pasekmes ir todėl reiškia lygiai tą patį.

[46] Mano nepaminėtos pasekmės yra po *Gobitis* sprendimo kilusi individualaus smurto banga prieš Jehovos liudytojus. Ji labiausiai pasireiškė per mėnesį nuo sprendimo ir buvo atslūgusi *Barnette* sprendimo metu. Žr. David R. Manwaring, *Render Unto Caesar: The Flag-Salute Controversy*, 1962, p. 164–165, 169 (pav. 1). Teiginys, kad praktika paneigė *Gobitis* yra argumentuojama Richard Danzig, „*Justice Frankfurter's Opinions in th Flag Salute Cases: Blending Logic and Psychologic in Constitutional Decisionmaking*", 36 Stanford Law Review, 1984, p. 675, 722–723.

[47] Žr. E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, 1975, p. 258–269.

Mokykla „teisė yra politika" taip pat ignoruoja bet kokių paprastų bylų egzistavimą ir perdeda neaiškių bylų (kurių tikrai yra daugybė) reikšmę, primygtinai tvirtindama, kad teisė nėra teisė, kol ji nepasiekia labiausiai ekstravagantiškų formalistinių sprendimų. Tačiau tarp formalistinio modelio, kaip vieno kraštutinumo, ir „konversijos", kaip kito kraštutinumo, egzistuoja ne tik ankstesniuose skyriuose aptarta praktinio mąstymo metodų įvairovė, bet ir

toks diskursas, kuriame „sutarti kriterijai susitarimui pasiekti" nėra ašis, apie kurią sukasi visa komunikacija, ir skirtingų požiūrių vertinimas tam tikroje struktūroje, leidžiančioje objektyviai pasverti ir palyginti vienus požiūrius su kitais, nėra organizacinis tikslas. Viltis susitarti nėra atmetama. Žmonės kartais keičia savo nuomonę ar sumažina esančius skirtumus dėka supratimo, kuo yra įsitikinęs kitaip mąstantis individas ar jų grupė. Tačiau „jaudinantis ir vaisingas nesutarimas" – kaip man žinoti, ką aš galvoju, kol nežinau, ką tu pasakysi – yra pripažįstamas kaip ne mažiau racionalus procesas ... Jis taip pat ne tiek dramatiškai galėtų būti pritaikomas metodas situacijose, kuriose nesutarimas yra chroniškas, gal net gilėjantis, ir be perspektyvos būti greitai pašalintas[48].

Nesutarimas gali būti racionalus ir kūrybiškas ar bent jau atpalaiduojantis, net jeigu jis neveda konsensuso ar demonstruotinų tiesų link. Ginčo šalių pozicijos neprivalo būti vulgariai politinės savo pobūdžiu ar motyvacija. Jis gali būti atpalaiduojantis tiesiog dėl to, kad yra fizinės prievartos pakaitalas. Jis pajėgus išgauti informaciją, kuri gali sumažinti nesusipratimais paremtų nesutarimų intensyvumą, o paskui dar sumažinti intensyvumą atskleisdamas ginčo šalims, kad jos abi yra rimtos ir protingos. Tačiau taip pat gali ir paaštrinti nesutarimus, parodydamas tikrąjį nuomonių išsiskyrimo skirtumą tarp asmenų, kurie fundamentaliais klausimais pripažįsta skirtingas vertybes.

Marko Kelmano atlikta *Regina v. Cunningham*[49] bylos analizė parodo kritinių teisės studijų veikimą. Išlauždamas dujų skaitiklį namo rūsyje ir pavogdamas aštuonis šilingus, kurie buvo skaitiklyje, Cunninghamas atplėšė skaitiklį nuo sienos, dėl ko įtrūko dujų vamzdis ir per rūsį dujos pateko į gretimą namą; jame gyvenusi moteris buvo sunkiai sužeista. Tokios pasekmės kaltininkas nesiekė ir apie ją net nežinojo. Cunninghamas už smulkią vagystę buvo nuteistas šešiems mėnesiams kalėjimo. Jis taip pat buvo apkaltintas „neteisėtu ir piktybiniu kenksmingų medžiagų paskleidimu, sukėlusiu pavojų gyvybei," ir už šį nusikaltimą buvo nuteistas penkeriems metams kalėjimo. Apeliaciniame skunde nuteistasis tvirtino, kad teisėjas neturėjo prisiekusiesiems išaiškinti, jog „piktybinis" paprasčiausiai reiškia kaltininko intereso pasiimti skaitiklį nebuvimą. Apeliacinis teismas panaikino nuosprendį, nurodydamas, kad prisiekusiesiems turėjo būti pavesta nustatyti, ar kaltinamasis „numatė, jog skaitiklio nuplėši-

[48] Geertz, op. cit. 7, p. 223–224.

[49] 41 Crim. App. 155 (1957); žr. Mark G. Kelman, „*Assume Nothing!*" 22 Stanford Lawyer, 1988 pavasaris, p. 18.

mas gali kažkam sukelti kūno sužalojimą, ir vis tiek jį nuplėšė". Kelmano požiūriu, nuteisimo už „apnuodijimą" (taip jis vadina piktybinį pavojaus sukėlimą) tinkamumas priklauso nuo pasirinkimo, kuo laikyti Cunninghamą – „asmeniu, besiverčiančiu dujų skaitikliais, ar asmeniu, vagiančiu iš dujų skaitiklių"[50]. Pirmuoju atveju jis yra kaltas neatsižvelgiant į tai, kokių atsargumo priemonių ėmėsi. Vagystė yra neprotingas būdas verstis dujų skaitikliais ir todėl bet kokia tuo sukelta rizika yra netinkama. Pastaruoju atveju Cunninghamas turėtų būti išteisintas, jei jis ėmėsi tokių pat atsargumo priemonių kaip vidutinis skaitiklių vagis.

Kodėl vidutinio vagies rūpestingumas turėtų būti tinkamas atskaitos taškas baudžiamajai atsakomybei (ne vagių bendruomenėje), man nėra suprantama. Išeitų, kad, jei Cunninghamas būtų prastas remontininkas, o ne vagis, tai gautų griežtesnę bausmę, nes vidutinis skaitiklių remontininkas yra atsargesnis už vidutinį skaitiklių vagį. *Regina v. Cunningham* bylos esmė yra ta, kad vagis, nesirūpinantis savo vagystės pasekmėmis žmonių saugumui, yra pavojingesnis už rūpestingą vagį ir todėl turi būti baudžiamas griežčiau. Į tai negalima neatsižvelgti, o klausimas, ar vagis numatė pasekmes, yra netiesioginis būdas paklausti, kiek jis yra pavojingas. Kelmano analizėje sunkus klausimas apie šią situaciją, bet ne apie bylą nekeliamas, ar Cunninghamas turėtų būti griežčiau nubaustas dėl vagystės būdo, sukėlusio pavojų žmonėms, net jeigu jis yra per kvailas tą pavojų suprasti. Kitais žodžiais, ar paprasčiausias nerūpestingumas turėtų būti baudžiamas apskritai, ar tik šiuo konkrečiu nerūpestingos vagystės atveju? Į šį klausimą galima atsakyti palyginus civilines ir kriminalines sankcijas už nerūpestingumą. Civilinė sankcija yra nuostolių atlyginimas. Kadangi dauguma vagių yra neatsargūs, civilinė atsakomybė už kūno sužalojimą dėl neatsargumo vagystės metu neatlieka atgrasymo funkcijos. Tam reikia baudžiamosios sankcijos, kuri papildytų sankciją už (atsargią) vagystę ir paskatintų vagį elgtis rūpestingai.

Skaitytojai, kurie tokį požiūrį į *Regina v. Cunningham* laikys įtikinamu, vis tiek gali būti linkę abejoti, ar šis požiūris savo pagrindais skiriasi nuo kritinių teisės studijų požiūrio. Aš pateikiau ekonominį sprendimo paaiškinimą, tuo paneigdamas teisės specialumą. Ar tuo nesąmoningai pritariau Dunkano Kennedy ekspozė apie įprastos teisinės minties bankrotą?

> Mokytojai moko studentus nesąmonių, kai jie įtikinėja, kad teisinis mąstymas kaip metodas pasiekti teisingų rezultatų yra kitoks nei etinis ir politinis diskursas apskritai (t. y. nei politinė analizė). Iš tiesų egzistuoja atskira teisininko žinių apie galiojančias taisykles visuma. Tiesa ir tai, kad egzistuoja specifinė teisininkų argumentavimo technika taisyklių spragoms, prieštaravimams ir neaiškumams pastebėti, esminiams „už" ir „prieš" argumentams sukurti. Tačiau tai tėra argumentavimo technika. Niekuomet neatsiras „teisingo teisinio sprendimo", kuris būtų kitoks, nei tos pačios teisinės problemos teisingas etinis ar politinis sprendimas. Kitaip sakant, visas mokymas, išskyrus formalias taisykles ir argumentavimo techniką jomis manipuliuoti, yra politika ir niekas daugiau. Iš to seka, kad mokyklinis iš-

[50] Idem, p. 46–47.

skyrimas neproblemiškų, grynai teisinių bylų ir į esmę orientuotų bylų yra dirbtinis: kiekviena iš tų bylų galėtų būti pristatyta ir priešingu aspektu[51].

Iki pat paskutinio sakinio kritikuočiau Kennedy tik už tai, kad jis atrodo sakantis daugiau nei sako iš tikrųjų. Taip, viskas teisėje galų gale susiveda į klausimą „ką daryti", t. y. tam tikra prasme į etinį klausimą. Todėl iš tikrųjų galime sakyti, kad nėra teisingo teisinio sprendimo, kuris būtų kitoks, nei teisingas etinis arba, jei norite, politinis sprendimas (nes etinis sprendimas etiškai įvairioje visuomenėje savaime yra politinis). Tačiau izoliuotas šis teiginys sudaro įspūdį, jog teisingą kiekvienos teisės problemos sprendimą galėtų surasti ir rūpestingas etikos studentas, nieko neišmanantis apie teisę. Tai – klaidinga. Etikos specialistas ir teisėjas paklūsta skirtingiems etiniams principams. Pirmasis nėra kaip antrasis sprendimus priimantis asmuo valdžios sistemoje, o sprendimus priimančiam asmeniui turi rūpėti ne tik savarankiškas teisingumas turimoje byloje, bet ir viso teisinio aparato veikimas, į kurį įeina precedentų vertinimas, įstatymų autoritetas, advokato teiginių formulavimas, asmens bylos įrašai ir kt. Kennedy į tai neatsižvelgia, o tai veda jį į klaidingą išvadą. Nes iš tikrųjų yra neproblemiškų bylų; jos tokios būna būtent dėl jo ignoruojamų faktorių. Jeigu tokių bylų būtų mokoma kaip esminių, mokytojas mokytų ne teisės. Jei tikrai esminės bylos, esančios neapibrėžtoje schemoje, kur neveikia įprasti teisės svertai, būtų pateikiamos kaip neprobleminės teisinės bylos, mokytojas mokytų politikos ne ten, kur ji turėtų būti dėstoma.

[51] *„Legal Education as Training for Hierarchy"*, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*, David Kairys ed. 1982, p. 40, 47.

II DALIS

TEISĖS ONTOLOGIJA

5 SKYRIUS

Ontologija, protas ir biheviorizmas

Ontologinis skepticizmas

I dalyje teisės objektyvumas buvo nagrinėjamas pirmiausia kaip epistemologinis, t. y. filosofijos šakos, kuri domisi žinojimo pagrindų ar garantijų nustatymu (arba paneigimu), klausimas. Epistemologija yra artimai susijusi su ontologija, nagrinėjančia egzistencijos klausimus (ne tiek provokuojančiai – tai, kas yra). Ryšys slypi fakte, kad ginčytinos ontologijos subjektų pateikimas yra dažnas įrankis mėginant spręsti epistemologines problemas. Jeigu sutiktume su Platonu, kad egzistuoja visiems tam tikras savybes ir patirtį turintiems asmenims prieinama teisingumo forma, tuomet teismo sprendimo teisingumą galėtume patikrinti palygindami jį su ta forma. Lygiai tas pats būtų, jei tikėtume, kad teisingumo principus žmogaus protui suvokiama forma Dievas įrašė į gamtos knygą. Taip pat galėtume manyti, jog įmanoma garantuoti gerų teisėjų sugebėjimą teisingai išspręsti net labai sudėtingas bylas[1], parodant, jog į kiekvieną teisinį klausimą yra teisingas atsakymas, nepaisant nesibaigiančių ir tikriausiai nesibaigsiančių ginčų, kuris atsakymas yra teisingas. Ir atvirkščiai, sustiprintume skeptikų pozicijas, jei galėtume pademonstruoti, kad teisininkai ir teisėjai turi didžiulių problemų siekdami naudingos esmės.

Filosofai ilgai spėliojo apie nematerialius „dalykus", bet jų entuziazmas tokiems ginčams pradeda blėsti. Čikagą ar Niujorką santykinai galime pavadinti daiktais arba daiktų rinkiniais. Tačiau „faktas", kad Čikaga yra į vakarus nuo Niujorko – ar tai taip pat daiktas? Arba kitas santykis – Pitagoro teorema. Ar tai irgi daiktas, nepaisant akivaizdaus jo vietos erdvėje ir laike nekonkretumo, ir, jeigu taip, tai ar būtų daiktas, jei nie-

[1] Aš specialiai vengiu labiau paplitusio, tačiau klaidinančio pasakymo „sunkios" bylos. Šis terminas iš pradžių buvo vartojamas apibūdinti bylas, kurios suvirpina širdį; tokia prasme jis pavartotas sename priežodyje „iš sunkių bylų atsiranda bloga teisė". Semantiškai kisdamas jis ėmė reikšti sudėtingas bylas, kurios senajame priežodyje yra nesąmonė. Tik iš sudėtingų bylų atsiranda gera arba bloga teisė. Lengvai sprendžiamos bylos tokios yra dėl to, kad jas jau reglamentuoja galiojanti teisė.

[2] Literatūros šiuo klausimu yra daug. Pradėti galima nuo Hilary Putnam, *The Many Faces of Realism: The Paul Carus Lectures*, 1987, 1 ir 3 pamokos; Willard Van Orman Quine, *„On What There Is"*, in Quine, *From a Logical Point of View: Nine Logico-Philosophical Essays*, 1980, 2nd ed.; Quine, *Theories and Things*, 1981; Nelson Goodman, *Of Mind and Other Matters*, 1984, sk. 2–3; Bertrand Russel, *The Problems of Philosophy*, 1912. Nepaprastai ryški diskusija apie ontologiją yra William Jame's, *The Principles of Psychology*, 1890, t. 1, p. 285–286, ir t. 2, p. 291–293. Apie protinę objektų konstrukciją biologijos požiūriu žr. J. Z. Young, *Philosophy and the Brain*, 1987, p. 80–82.

kas nebūtų jos atradęs? Skaičiai ir kiti matematiniai vienetai yra objektyvūs, priešingai skausmams ir spalvoms. Tačiau pastarieji yra tikrovėje, priešingai matematiniams vienetams. Tai kurie gi iš jų yra „realūs"? Šiame puslapyje išspausdinti žodžiai yra daiktai, tačiau kaip yra su jų išreiškiamais teiginiais? Arklys yra daiktas; o Pegasas sakinyje (kuris yra teisingas) „Pegasas yra mitinis arklys"? Ar tvirtinimas, kad kažkas neegzistuoja, negali reikšti, jog tai yra tam tikra prasme „daiktas"? Kaitinant vandenį iki tam tikros temperatūros, jis užverda; ar dėl to priežastingumas tampa daiktu? O vandens savybė užvirti? Plačiau tariant, ar savybės – spalva, miegančio kašaloto greitis, tvirtai kabančios uolos masė, choleriško asmens temperamentas – yra daiktai? Ar ketinimai yra daiktai? Ar mes esame sudaryti iš materialiosios dalies (kūno) ir nematerialiosios dalies (proto arba, jei norite, sielos)? Triušis yra daiktas; ar teisė yra daiktas? Arba moraliniai „institutai"? Ar „gerumas" yra realus? O „teisingumas"?

Svarstant tokius klausimus, nesunkiai apsisuka galva. Tačiau tai yra tik pradžia. Mąstant netgi materialių ir nematerialių daiktų atskyrimas susilpnėja. „Apčiuopiamas objektas", pavyzdžiui, stalas, yra materialus daiktas, kurį sudaro daugiausia tuščia erdvė (erdvė tarp jo atomų), o pulkas balandžių yra materialus daiktas su matomais tarpais tarp sudėtinių dalių. „Amerikos miestai" yra kitas netolydus, daugiau ar mažiau materialus daiktas. Tačiau „balandis Niujorke ir žvirblis Čikagoje" nėra daiktas; ne visi nekaimyniniai objektai laikomi daiktais. Šios mįslės apsunkina tvirtą tikėjimą aiškia ontologija, kurioje puikiai sugyventų triušiai, protai, teisė, išgalvoti personažai, skaičiai ir kt. Atrodo, kad, vartodami žodžius ir idėjas, mes vadovaujamės tikslingumu, o ne siekimu, kad jie atitiktų „tikruosius" daiktus.

Egzistencinių klausimų ardomasis pobūdis suteikia Charleso Peirce'o pragmatiniam požiūriui į reikšmę didelį patrauklumą, nors kaip reikšmės apibrėžimas jis yra priverstinis ir poleminis. Peirce'o nuomone, teiginio reikšmė yra jo pasekmės, o teiginiai be pasekmių yra bereikšmiai. Teiginys, kad Dievas sukūrė visatą, bet po to pasitraukė ir niekuomet nesikišo ir nesikiš į jos veikimą, nėra bereikšmis, nors ir nesukelia pasekmių ta prasme, kad eksperimentai ar stebėjimas galėtų teiginį patvirtinti ar paneigti, arba kad mes elgtumėmės vienaip, jei teiginys būtų teisingas, ir kitaip, jei būtų klaidingas. Būtų tiksliau ir ne taip dramatiška sakyti, kad teiginys nėra bereikšmis, tačiau dėl jo neverta sukti galvos. Tai taip pat yra svarbus teiginys, kuris padės mums išsiaiškinti ontologijos klausimus. Galima užduoti, pavyzdžiui, klausimą, kokios yra tikėjimo, kad žmogus turi protą arba jo neturi, pasekmės. Galbūt pasekmių nėra visiškai. Galbūt sunkūs ginčai teisėje apie tokius mentalinius dalykus, kaip ketinimas ir išankstinis apgalvojimas, arba apie metafizinius dalykus, kaip priežastingumas ir teisingumas, nėra tikroviški.

Skaitytojas, kuriam pažįstami filosofiniai debatai, gali „užuosti" loginį pozityvizmą, t. y. požiūrį, kad visus teiginius galima suskirstyti į tris grupes: tautologinius, empiriškai patikrinamus ir beprasmius. Taip pat gali būti jaučiamas ir Wittgensteino vėlesniųjų darbų bei J. L. Austino antimetafiziškumas. Arba jau minėti antirealizmas ar konvencionalizmas, kurie moko, jog mūsų gramatika (plačiąja prasme) ir suvokimo struktūra padalija pasaulį į patogius gabalus, nebūtinai atitinkančius realią daik-

tų struktūrą. Šį požiūrį tiksliai apibendrino Williamas Blake'as savo darbe „The Mental Traveller": „Akies pakeitimas pakeičia viską". Arba šiam požiūriui pateikiama alternatyva, kad materialūs ir nematerialūs daiktai yra jungtinis gamtos ir žmogaus mąstymo būdo, kuris ir pats yra gamtos produktas, kūrinys[2].

Mano vadinamo pragmatinio požiūrio į reikšmę ir plačiau į ontologinius klausimus detalės, variantai ir kilmė neturi mums rūpėti. Svarbu yra tik tai, kad požiūris galėtų pagerinti teisės supratimą. Jo išvados yra skeptiškos ir papildo epistemologinio požiūrio I dalyje išvadas. Tačiau jos nėra ar bent jau neturėtų būti radikaliai skeptiškos, ir tai vėlgi dera su ankstesniais skyriais. Iš tikrųjų šis požiūris gali būti panaudotas nukreipti (kiek efektyviai, nėra aišku) skeptikų prašymą įrodyti, kad jūs nesate tik smegenys statinėje, gaunančios įspūdžius apie išorinį pasaulį iš pamišusio mokslininko, kontroliuojančio ryšius su jutiminiu pasauliu. (Čia yra moderni, technokratinė seno galvosūkio versija: iš kur mes žinome, kad egzistuoja realus pasaulis, jei galime vadovautis tik pojūčiais). Dažniausiai pastangos apsiginti nuo „smegenų statinėje" šalininkų puolimo remiasi išorinio atskaitos taško nebuvimu, su kuriuo būtų galima palyginti smegenų statinėje ir gyvenimo „realiame" pasaulyje patirtį. Galvosūkis yra išmintingai sukurtas eliminuoti tokį tašką. Jei jūs esate smegenys statinėje, kitaip nei miegantis žmogus, kuris gali atsibusti (arba mano esąs atsibudęs), jūs gaunate lygiai tokius pat pojūčius, kokius gautumėte nebūdamas smegenimis statinėje. Todėl iš kur jūs galite žinoti, ar jūs esate smegenys statinėje, ar ne?

Pragmatinis atsakymas į visus klausimus yra tas, kad tikėjimas tuo, jog esi smegenys statinėje, nesukelia jokių pasekmių individo elgesiui, nebent individas yra beprotis. Jis gyvena toliau taip, kaip gyveno. Šis tikėjimas nesukelia pasekmių, todėl nereikalauja ypatingo pritarimo[3]. Jums gali kilti noras paprieštarauti, kad individas, įtikintas esąs tik smegenys statinėje, imtų mąstyti apie savo gyvenimo beprasmiškumą ir tai paveiktų jo elgesį – jis mažiau stengtųsi. Bet kaipgi įmanoma jus įtikinti, jog esate tik smegenys statinėje? Galite šia hipoteze pasimėgauti, tačiau neįmanoma jos įrodyti ar bent parodyti, kad ji greičiau teisinga nei klaidinga. Iš tiesų ji greičiau klaidinga nei teisinga, todėl nebūtų racionalu ją nagrinėti. Atrodo, kad tokiu įsitikinimu galime pasimėgauti tik žaisdami filosofiją.

Žodžiais „racionalus" ir „nebent yra beprotis" nusakomos savybės, atrodo, gali nutraukti žaidimą. Jei bandymu elgtis pagal smegenų statinės įsitikinimą siekiama pademonstruoti beprotystę, ir teigiama, kad įsitikinimas nesukelia pasekmių elgesiui, nes tik beprotis gali elgtis pagal įsitikinimą, tai yra įrodinėjimas ratu. Tačiau ratą galima sulaužyti, atsižvelgiant į kitus bepročio įsitikinimus ir veiksmus. Žmogus, įsitikinęs esą smegenys statinėje, yra linkęs turėti kitų keistų įsitikinimų. Mes nustato-

[3] Taip pat pragmatiškas alternatyvus požiūris būtų išorinio pasaulio egzistenciją laikyti paprasčiausiai lengviausiai pagrindžiama hipoteze apie „realybę"; Bertrand'o Russello diskusija apie katės ontologiją, cituotas 2 skyriuje, pailiustruoja šį požiūrį. Kitas argumentas (iš evoliucinės epistemologijos, paminėtos vienoje iš 3 skyriaus išnašų, pozicijų) yra tai, kad tikėjimas išoriniu pasauliu labiau skatina išgyvenimą ir reprodukciją nei netikėjimas, todėl jis yra taip įaugęs į mūsų smegenis; mes paprasčiausiai negalime iš tikrųjų patikėti teiginiu, jog nėra išorinio pasaulio, tiek, kad imtume veikti juo vadovaudamiesi.

me, kad jie yra keisti, stebėdami, kaip žmogus juos įgyvendina. Pastebime, kad individui sunkiai sekasi elgtis racionaliai, nes jis sunkiai pritaiko priemones prie tikslų. Jo elgesys rodo nemažą prieštaringumo ir tuštumo laipsnį, todėl neklausysime jo nuomonės, ar žmonės yra smegenys statinėje[4].

Diskusija apie racionalumą paliečia ir išbandymo laiku klausimą. 3 skyriuje buvo pateikta analogija su balsavimu pabrėžiant, kad laikas išplečia teisę dalyvauti rinkimuose. Kadangi balsavimui yra cenzas, iš analogijos seka, kad galbūt kai kurie potencialūs rinkėjai laiko rinkimuose neteks rinkimų teisės. Tačiau racionalumą panaudoti kriterijumi laiko testui įvertinti paneigia tai, kad laiko testas yra aukščiausias pagrindas ir garantas mūsų žinioms.

Susijęs su klausimu apie išorinio pasaulio egzistavimą, bet aktualesnis jurisprudencijos problemoms yra klausimas, ar kiti žmonės, ar kiti gyvūnai turi protą, nes neįmanoma stebėti kito padaro proto. Šiuo požiūriu tai absurdiškas klausimas – mes tiesiog negalime atsikratyti minties, kad egzistuoja kiti protai[5]. Tačiau kitu lygiu šis klausimas yra vaisingas ar bent jau sukelia naudingą ginčą. Visgi „protas" yra kažkas giliai mįslingo[6]. Jo ne tik neįmanoma stebėti, bet jis ir nematerialus. Tačiau, nepaisant nematerialumo, jis, atrodo, kontroliuoja materialų objektą, t. y. kūną. Netgi proto koncepcija nėra aiški. Protas atrodo esąs susijęs su sąmone (tradicinis proto apibrėžimas žodynuose yra individo sąmoningų minčių visuma), tačiau būtų keista teigti, kad žmonės neturi proto miegodami arba kad visi nesąmoningai daromi dalykai, pavyzdžiui, įkvėpimo akimirką parašyta muzika ar poezija[7], neturi ryšio su protu. Daug

[4] David Pears, *The False Prison: A Study of the Development of Wittgenstein's Philosophy*, 1987, t. 1, p. 32–33; prisiminkime priverstinio ir rungtyniško objektyvumo atskyrimą 3 skyriuje, su specifine referencija į įsipareigojimus sveiko proto klausimu. Rorty požiūris skeptiškesnis: „Sveiko proto ribos nustatomos pagal tai, ką *mes* vertiname kaip rimta. Tai savo ruožtu yra nulemta mūsų auklėjimo ir istorinės situacijos". „The Priority of Democracy to Philosophy", in *The Virginia Statute for Religious Freedom: Its Evolution and Consequences in American History*, Merrill D. Peterson and Robert C. Vaughan eds., 1988, p. 257–258.

[5] Pagal Wittgensteino charakteringą formuluotę: „Tiesiog pamėginkite prisirišti prie šios idėjos (kad supantys žmonės yra automatai, neturi sąmonės, nors elgiasi pagal priimtą modelį) savo įprastinių santykių su aplinkiniais metu, tarkim, gatvėje! Pavyzdžiui, pasakykite sau: „Tie vaikai štai ten yra paprasčiausi automatai; visas jų gyvybingumas yra tiesiog automatizmas". Pamatysite, kad šitie žodžiai tampa beprasmiais, arba jumyse ima kilti kažkoks klaikus jausmas". Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G. E. M. Anscombe trans., 1968, 3d ed., § 420, 126e. Palyginkite su Hume'o požiūriu į skepticizmą: „Kad visi jo (vyskupo Berkeley) argumentai, nors ir apgalvoti, iš tikrųjų yra grynai skeptiški, išaiškėja iš to, kad jie nepripažįsta jokio atsakymo ir nesukelia jokio įsitikinimo. Vienintelė jų pasekmė yra momentinė nuostaba, neryžtingumas ir sumišimas, kuris yra skepticizmo rezultatas". *An Enquiry Concerning Human Understading*, P. H. Nidditch ed., 1975, 3d ed., §12, punktas 1.

[6] Kaip pademonstruota klasikiniame Gilbert Ryle kūrinyje *The Concept of Mind*, 1949. Naudingą naują diskusiją apie proto ir kūno problemą žr. Myles Brand, *Intending and Acting: Toward a Naturalized Action Theory*, 1984. Kita nesena žavinga diskusija, Ryle'o dvasioje abejojanti proto idėjos aiškinamąja verte, yra Arthur W. Collins, The Nature of Mental Things, 1987.

[7] Apie nesąmoningumo svarbą kūrybingumui žr., pavyzdžiui, *The Creative Process: A Symposium*, 1952, Brewster Ghiselin ed.

ar net daugiausia minčių yra nesąmoningos: prisiminkite diskusiją apie tylų žinojimą 3 skyriuje. Galbūt todėl proto idėja neturi pasekmių arba bent jau įdomių ir tinkamų pasekmių.

Aš nesu filosofas skeptikas ir neapsimetinėsiu esąs agnostikas dėl to, ar aš esu vienintelis asmuo pasaulyje, gyvenantis mentalinį gyvenimą. Akivaizdu, jog dauguma suaugusiųjų ir vyresnio amžiaus vaikų gali kalbėti ir kalba nevokalizuodami (t. y. „gali nuslėpti savo mintis") ir formuoja mentalinius paveikslus. Tačiau ši apnuoginta proto koncepcija, kuri iš esmės prilygina protą sąmonei, skiriasi nuo idėjos, kad yra kažkas – „protas" – kas yra intencijų vieta, nematomas režisierius, vidinis vyras ar moteris. Ši idėja tikriausiai neturi jokių pasekmių teisėje ir jos turėtų būti atsisakyta, nepaisant emfatinio (bet aš tvirtinčiau, paviršutiniško) teisės įsipareigojimo jai.

Alternatyvus ir taip pat iš esmės pragmatiškas požiūris yra klausti, kodėl negalime netikėti, kad kiti žmonės turi protus. Manau, kad dažnai mes vartojame žodį „protas" (arba silpnąja prasme kaip sąmonę, arba stipriąja prasme kaip ketinimus ir kontrolę) ne daiktui pavadinti, ne ontologiniam tvirtinimui pateikti, o užmaskuoti tam tikrų priežastinių ryšių nežinojimą[8]. Išsklaidykite nežinojimą ir proto koncepcija nustos turėjusi pasekmių, ir jos gali būti arba net bus atsisakyta. Pavyzdžiui, mes esame labiau linkę pripažinti katės protą, bet ne kompiuterio, nors kompiuteris visuomet nugalėtų pačią gudriausią katę pasaulyje žaisdamas šachmatais[9]. Mes manome, kad apie kompiuterio operacijų priežastingumą mes žinome daug daugiau nei apie katės elgesio priežastingumą. Negalime būti tikri, kodėl katė užšoka ant vieno žmogaus kelių, o ant kito – ne, kodėl ji kniaukia tam tikru būdu, kodėl kartais murkia ir kartais pastato ausis. Nesame tikri, jog visa tai instinktyvu, užprogramuota. (Galbūt zoologai būna tikri; jei taip, tai siūlyčiau jiems pripažinti mažiau mentalinės veiklos katei nei tai daro paprastas žmogus.) Mes pripažįstame katės protą vildamiesi, kad galime numatyti ir todėl daryti įtaką katės elgesiui tokiu pat būdu, kaip stengiamės atspėti ir prisitaikyti prie žmonių elgesio, darydami prielaidą, kad jie galvoja taip pat kaip mes. Tai nebūtų įtikinanti strategija kompiuterių atveju, bent jau dabartinių.

Ši analizė teigia, kad kuo žmogus daugiau sužino apie pasaulį, tuo mažiau jis pastebi mentalinių subjektų ar formų. Pirmykščiai ir primityvūs žmonės dažnai sutei-

[8] Palyginkite su Wittgensteino „bitės" pavyzdžiu: „Įsivaizduokime, kad kiekvienas iš mūsų turi dėžutę su kažkuo viduje: tą kažką pavadinkime „bite". Niekas negali pažvelgti į svetimą dėžutę, tačiau kiekvienas sako žinąs, kas yra „bitė" tik pagal savo paties turimą pavyzdį. Visiškai įmanoma, kad kiekvienas turi kažką skirtingo savo dėžutėje ... Bet tarkime, kad žodis „bitė" būtų dar kam nors vartojamas tų žmonių kalboje. Tokiu atveju jis būtų vartojamas kaip daikto pavadinimas". Wittgenstein, op. cit. 5, 100e (§293). Bet mes nesakome, kad žinome, kas yra protas, tik pasižiūrėdami į savo pačių protą; mes darome išvadas 2 skyriuje pasiūlytu būdu.

[9] Tikrovėje katė yra daug protingesnė už bet kokį kompiuterį – iš tikrųjų galingiausias pasaulio kompiuteris turbūt turi ne daugiau skaičiavimo galios už tarakoną. (Tai pasikeis.) Kompiuteriai, kitaip nei gyvūnai, yra specialaus tikslo kalkuliatoriai ir specializuodamiesi gali „pralenkti" gyvūnus, įskaitant žmones, tam tikroje specifinėje, tiksliai apibrėžtoje, „maršrutizuotoje" užduotyje. Žr. Philip Elmer-De Witt, *„Fast and Smart: Designers Race to Build the Supercomputers of the Future"*, *Time Magazine*, March 28, 1988, p. 54.

kia protą „negyviems" daiktams, pavyzdžiui, jūrai. Tą galime pastebėti Homero kūriniuose: kažin, ar jis ir jo skaitytojai tuo metu Poseidoną laikė visiškai išgalvotu[10]. Gamtos nepažinimas padarė įtikinamą proto suteikimą „negyviems" objektams. Jūra elgiasi audringai ir nenuspėjamai, šiek tiek panašiai kaip individas. Galbūt ji yra individas, todėl su ja būtų galima sutarti tokiu pat būdu kaip su piktu ir galingu žmogumi. Kai išsiaiškiname, kad audrų priežastys yra visai kitos nei žmogaus temperamento protrūkiai, nustojame teikti jūrai mentalinės veiklos bruožų. Jeigu geriau suprastume biržą, nustotume ją personifikuoti. Aristotelio fizika gamtos objektus vertina beveik kaip gyvus padarus, kurie turi tikslą. Šiandien mes esame labiau linkę gyvus padarus vertinti pagal objektų modelį.

Mentalinės ir kitokios metafizinės struktūros teisėje

Aš jau beveik peržengiu ribą tarp bendrosios ontologijos ir teisės ontologijos ir būtų naudinga nurodyti, kad susitiksime kitoje pusėje. Pradėsiu nuo mentalinių struktūrų teisėje – ketinimo, apgalvojimo, „laisvos valios" (kaip principe, kad kaltinamojo prisipažinimui teisme pripažinti reikalinga jo laisva valia prisipažįstant) – klausimo. Ankstesnio skyriaus dvasia mėginsiu įrodyti, kad tai akivaizdžiai abejotinos ontologijos struktūros (kartu su tokiomis gerai žinomomis salonų struktūromis kaip „priežastingumas" ir „reputacija"), ir kad tam tikru lygiu teisė tai pripažįsta ir yra gerokai mažiau mentalinė nei teisės semantika reikalautų. Manau, kad galime apsieiti be proto koncepcijos stipriąja prasme, net kai analizuojame teisėjų elgesį. Kitas skyrius užduoda klausimą, ar egzistuoja „teisingi atsakymai" į prieštaringus teisinius klausimus arba sudėtingus faktinius klausimus, kurie kyla ginčuose. Šiek tiek perdėdamas, atsakau – „ne". 7 skyrius taip pat atsako į klausimą, ar pati teisė yra struktūra. Mano manymu, teisė yra veikla, nors pripažįstu veiklos teorijos neišsamumą.

Mens rea. Oliveris Wendellis Holmesas tikėjo panašia į šio skyriaus pirmosios dalies dvasia, jog protinės būsenos vaidmuo teisėje mažėja teisei tampant sudėtingesne, atspindinčia mokslo žinių pažangą; tai pagrindinė jo klasikinio veikalo *The Common Law*, 1881, tema. Prisiminkite, kad ankstyvojoje teisėje daiktas – tai galėjo būti vežimo ratas, kuris ką nors suvažinėjo – dažnai būdavo baudžiamas kaip nusikaltėlis, nes teorija teigė, jog nužudyti jį privertė blogoji valia. Holmesas teigia, kad teisei plėtojantis atsakomybė, įskaitant ir baudžiamąją, laipsniškai tampa labiau „išoriška", t. y. labiau elgesio nei ketinimų reikalas. Ši idėja, atvirai kalbant, kažko verta. Pavyzdžiui, jei gautume išbaigtą nusikaltimo modelį ir remdamiesi informacija apie asmens genetiką bei auklėjimą, galėtumėme 100 proc. numatyti nusikaltimą. Tam, kad nubaustume asmenį, mums tikriausiai nereikėtų įrodymų, kad jis turėjo ketinimų nusikalsti. Galbūt mes kalbėtume apie žmones, užprogramuotus nusikalsti, o ne nuspren-

[10] Garantuoju, kad tai sudėtingas klausimas. Žr. Paul Veyne, *Did the Greeks Believe in Their Myths? An Essay on the Constitutive Imagination*, 1988.

džiančius nusikalsti, ir galbūt daugiau nebevartotume žodžio „bausmė". Su nusikaltėliais elgtumėmės kaip su nepagrįstai pavojingomis mašinomis, iš ko seka, kad, kai tik įmanoma, įsikištume prieš įvykstant nusikaltimui. Holmesas numatė tokią raidą[11]. Tai darydamas jis turėjo galvoje nusikalstančio daikto koncepciją: vietoje pavojingų daiktų prilyginimo žmonėms, jis pasiūlė pavojingus žmones prilyginti daiktams.

Kas nors gali paprieštarauti, kad, teisei tampant sudėtingesnei, protinė būsena turėtų vaidinti kaip tik didesnį vaidmenį. Mūsų supratimas apie protą plečiasi – galbūt mes išmoksime skaityti mintis. Tačiau gal nėra ką skaityti arba gal mums ir neįdomu, apie ką galvojo nusikaltėlis, nuspausdamas gaiduką. Jei rimčiau pažvelgsime į posakį, jog niekas nėra niekšas savo paties akyse, galime tikėtis atrasti, jei kada nors pavyks įsižiūrėti į nusikaltėlio protą, išplėtotą ir gal visai įtikinantį jo veiksmo pagrindimą. Na ir kas? Vis tiek jį nubausime[12]. Socialinis susirūpinimas yra dėl veiksmo (gresiančio ar jau atlikto), o ne dėl su juo susijusios protinės būklės.

Teisės požiūriu vienas iš preziumuojamų proto elementų yra potencialaus pažeidėjo galimybė suvokti teisės grėsmę ir kitas susijusias aplinkybes, kuriomis jis veikia, įskaitant aukos keliamą grėsmę. Tai gali atrodyti ryškus mano antimentalinės pozicijos įrodymas, nes jis atveria galimybę klaidos ir pamišimo išimtims. Faktiškai vienintelė klaidos rūšis, galinti atleisti kaltininką nuo atsakomybės, yra pagrįsta klaida, kuri paprasčiausiai kildinama iš įprasto elgesio. Vienintelė atleidžianti nuo atsakomybė pamišimo rūšis yra elgesyje pasireiškiantis pamišimas – elgesys lyg išprotėjus, atskirai nuo elgesio paties nusikaltimo metu. Išvadoms iš stebimo elgesio galima daryti pasinaudojus formaliais ir neformaliais statistinių išvadų metodais, tačiau negalima rasti asmeninių minčių nei su kankinimais, nei be jų, nes žmogaus veiksmo komponentas – ketinimas – gali būti ir nesąmoningas.

Nors ir tiesa tai, kad net bihevioristinis (arba deterministinis – aš vartoju šiuos terminus pakaitomis) požiūris į teisę pripažįsta, jog žmonės, kurių veiksmus mes norime apriboti, žino, kokio elgesio konkrečioje situacijoje įstatymas iš jų reikalauja ir kaip faktiškai tokia situacija atrodo (kokia pasirinkimo laisvė ir t. t.), sugebėjimas suprasti nereikalauja, kad smegenyse būtų ketinimai ir kad jos valdytų raumenis. Daugelis gyvūnų gali suprasti įsakymus. Skirtumas tarp supratimo ir noro yra jau minėtas skirtumas tarp „proto" silpnąja ir stipriąja prasme. Lygiagretus skirtumas yra tarp racionalios ir protinės veiklos – atitinkamai tarp racionalaus sprendimo ir mąstymo. Laboratorijos žiurkė, turėdama galimybę pasirinkti didesnį ir mažesnį maisto kiekį, pasirenka didesnį ir tai yra racionalu, tačiau šis apibūdinimas nereiškia, kad mes pripažįstame žiurkę turint „protą". Žmogus, kuris atsisako įvykdyti nusikaltimą, nes, sudėjus bausmės grėsmę ir kitokias nenaudingas pasekmes, tikėtinas tokios veikos naudingumas tampa neigiamas, taip pat yra racionalus. Kitaip nei žiurkė, jis turi mokėti kalbą, kad suprastų grėsmę ir, ją įvertinęs, pasirinktų elgesį (bet tam tikra prasme taip

[11] Savo esė „*The Path of the Law*", 10 Harward Law Review, 1897, p. 457, 470–471.

[12] Palyginkite su A. D. Nutall, „*Did Meursault Mean to Kill the Arab? The International Fallacy Fallacy*", 10 Critical Quarterly, 1968, p. 95.

turi daryti ir šuo, išmokytas atsisėsti – jis turi suprasti komandas). Tačiau ar jis apgalvoja pasirinkimą ir kaip apgalvoja bei nusprendžia, bihevioristinei teisės koncepcijai, kurią paveldėjome iš Holmeso, nerūpi.

Ta koncepcija yra įžymi ekonominėje teisės analizėje. Williamas Landesas ir aš esame pasiūlę tyčinių nusižengimų analizę, kuriai „tyčios" sąvoka reikalinga tik kaip tam tikrų nusikalstamo akto bruožų atstovė, būtent didžiulio atotrūkio tarp įvykdyto akto kaštų nukentėjusiajam ir visiškai mažų sąnaudų ar net naudos kaltininkui atsisakius nusikalstamos veikos[13]. Skirtumas tarp neatsargumo ir tyčinio nusikaltimo šiuo požiūriu yra tas, kad neatsargus asmuo neskiria pakankamai resursų (dėmesio ir pan.), siekdamas išvengti sužalojimo, o tyčinis pažeidėjas panaudoja resursus sužalojimams sukelti. Tai skirtumas tarp asmens, kuris dėl žioplos klaidos pasiima svetimą skėtį, ir asmens, kuris „rūpestingai" pasiima svetimą skėtį. Žodyje „tyčinis" slypi tikslinės veiklos samprata – tačiau ar gali tikslas būti įvertintas ne protu? Gali. „Tikslas" apibūdina priemonių pritaikymą tikslui. Jūs darote A, nes tai yra pigiausias būdas atsidurti situacijoje B, suteikiančioje jums didžiausią naudą. Čia mes sukeitėme tai, ką asmeniui racionalu daryti, ir tai, ką jis ketina daryti[14]. Toks sukeitimas yra natūralus, kadangi ekonominėje analizėje pagrindinę vietą užima procesas, kuriame savarankiškos protinės būsenos užleidžia kelią elgesio hipotezėms. „Naudos funkcija" ekonomikoje yra lygiagreti koncepcija „ketinimui" teisėje. Ji apibendrina funkcija apibūdinto individo skonius, vertybes, preferencijas ir tikslus. Ekonominio tyrimo tikslas – pakeisti kaip galima daugiau naudos funkcijos elementų – paslaptingų protinių vienetų – į išmatuojamus parametrus[15]. Kai kas gali pradėti teigti, kad žmonėms būdingas „skonis" gauti aukštąjį išsilavinimą, o vėliau įrodinėti, jog šis skonis yra naudingas bendresniam tikslui, kurį pavadinkime pajamų maksimizavimu. Polinkis eiti į koledžą dabar atrodys koledžo kaštų ir jo poveikio pakeliant gyvenimo pajamas funkcija[16]. Idealiomis

[13] William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, p. 149–189.

[14] Panašų filosofinį požiūrį žr., Nutall, op. cit. 12; Anthony Kenny, *„Intention and Purpose in Law"*, in *Essays in Legal Philosophy*, Robert S. Summers ed. 1968, p. 146, 159–161; Daniel C. Dennett, *The Intentional Stance*, 1987, sk. 2.

[15] Ypač drąsus šio požiūrio pavyzdys yra George J. Stigler, Gary S. Becker, *„De Gustibus Non Est Disputandum"*, 67 American Economic Review, 1977, p. 76.

[16] Žr. Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, 1975, 2d ed. Egzistuoja didžiulė empirinė parama aukštojo mokslo eknominiam modeliui. Štai nedidelis literatūros sąrašas: W. W. McMahon, *„Expected Rates of Return to Education"*, in Economics of Education: Research and Studies, 1987, George Psacharopoulos ed., p. 187; Christopher A. Pissarides, *„From School to University: The Demand for Post-Compulsory Education in Britain"*, 92 Economic Journal 1982, p. 654; Alex Maurizi, *„Rates of Return to Dentistry and the Decision to Enter Dental School"*, 10 Journal of Human Resources, 1975, p. 521; Frank A. Sloan, *„The Demand for Higher Education: The Case of Medical School Aplicants"*, 6 Journal of Human Resources, 1971, p. 466; Marc C. Berger, *„Predicted Future Earnings and Choise of College Major"*, 41 Industrial and Labor Relations Review, 1988, p. 418; Yoshi-fumi Nakata, Carl Mosk, *„The Demand for College Education in PostwarJapan"*, 22 Journal of Human Resources, 1987, p. 377.

sąlygomis būtų galima numatyti, ar žmonės eis į koledžą net ir nieko nežinant apie jų mintis šiuo klausimu. Taip pat būtų pravartu nustoti bent jau analitiniame darbe kalbėti apie žmones, „norinčius" eiti į koledžą arba „galvojančius apie" ėjimą į koledžą. Žmonės visada turi norų ir minčių, tačiau šie yra griežtai epifenomenalūs[17].

Aš nepaminėjau laisvos valios, o tai gali atrodyti svarbi spraga. Kad daugelis ekonomistų, pasisakančių už griežtą deterministinį požiūrį į žmogaus elgesį, yra libertarai, gali rodyti gilius prieštaravimus ekonomikos modelyje; kaip gali bihevioristinis požiūris pakelti tokius klasikinius „laisvos valios" mąstymo įsiveržimus į teisę kaip principas, jog nusikaltėlio „priverstinis" prisipažinimas negali būti panaudotas prieš jį teisme? Gali būti, kad prisirišdami prie išmatuojamo žmogaus elgesio, ekonomistai nebemato pačių svarbiausių dimensijų.

Mėgindamas atsakyti į šiuos klausimus, pradedu nuo atskyrimo tos determinizmo rūšies, kuri tvirtina ar, kaip dažniau priimta, implikuoja, kad istorijoje viskas, įskaitant šį mano sakinį, buvo determinuota didžiojo sprogimo momentu. Tai yra, kad ne tik viskas, kas yra ir kas bus, kyla iš to sprogimo, bet ir istorijos eiga kažkokiu būdu buvo jame užprogramuota, todėl pakankamai galingas protas būtų galėjęs numatyti visus ateities įvykius. Tačiau paprasčiausia daryti prielaidą, jog visatoje egzistuoja atsitiktinumas, netgi daryti prielaidą, kad kažkuria prasme ne viskas, kas atsitinka, turi priežastį[18], nesustiprina laisvos valios idėjos jos stipriąja prasme kaip žmogaus veiksmo priežasties buvimo pačiame veiksme. Atsitiktinis veiksmas nėra laisvas; žmogus, kiekvieną savo sprendimą priimantis monetos išmetimu, būtų praktikuojantis deterministas, o ne laisvas žmogus, nes jis pasiduotų išorės jėgai. Tai imponuoja, ir kiekvienas gali tą pastebėti, kad žmogus, kuris elgiasi verčiamas priežasčių, paprastai laikomas besielgiančiu laisvai[19]; kažkodėl atsitiktinumo elemento eliminavimas ir veiks-

[17] Young, op. cit. 2, p. 73–74, pateikia stebinančių biologinių įrodymų, kad sąmoningi ketinimai tikrai yra epifenomenalūs – kad jie daugiau seka nei eina prieš smegenų „sprendimą" pradėti „valingą" veiklą. Svarbesnis dalykas, kurį gerai argumentavo Collins, op. cit. 6, sk. 6, yra tai, kad mūsų sugebėjimas pagrįsti veiklą tikslu nepadaro to tikslo veiklos priežastimi. Panašiai Catherine Fitzmaurice ir Ken Pease, *The Psychology of Judicial Sentencing*, 1986, p. 39, pažymi, kad žmonės gali išvesti savo elgesio priežastis iš to paties elgesio stebėjimo; tai yra apgalvojimas kaip racionalizacija.

[18] Akivaizdi pasekmė, kuriai stipriai priešinosi Einsteinas, yra kvantų teorija. Tai gerai papasakoja Arthur Fine, *The Shaky Game: Einstein, Realism, and the Quantum Theory*, 1986. Išradingą pragmatinį kvantų teorijos aiškinimą, parodantį pragmatizmo naudą nagrinėjant sudėtingus ontologinius klausimus, žr. Dugald Murdoch, *Niels Bohr's Philosophy of Physics*, 1987, p. 224–235.

[19] Žr. Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, 1986, sk. 7; bendrai apie „laisvos valios" dilemas žr. Daniel C. Dennett, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, 1984; Anthony Kenny, *Will, Freedom, and Power*, 1975, ypač sk. 8; P.F. Strawson, *„Freedom and Resentment,"*, in Strawson, *Freedom and Resentment, and Other Essays*, 1974. sk. 1; Benson Mates, *Skeptical Essays*, 1981, sk. 2; Peter van Inwagen, *An Essay on Free Will*, 1983; Gary Watson, *„Free Action and Free Will"*, 96 Mind, 1987, p. 145; Ted Honderich, *„One Determinism"*, in *Essays on Freedom of Action*, Honderich ed., 1973, p. 187; Ryle, op. cit. 6, sk. 3; *Responsibility, Character, the Emotions: New Essas in Moral Psychology*, Ferdinand Schoeman ed., 1987; Ernest Nagel, *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, 1961, p. 592–606.

mo pasekmių neatspėjamumo sumažinimas padidina laisvę. Mums atrodo, kad „numatymas" yra laisvo žmogaus elgesio bruožas, bet, kaip aiškino Hobbesas, „nu" žodyje „numatymas" reiškia panašiai tą patį, kaip „nu" žodyje „nureikšminimas"[20]; numatydami mes susiauriname pasirinkimą, idealiu atveju iki vieno. Jeigu numatymu ar panašiais analitiniais metodais gali būti panaikintas bet koks neaiškumas dėl alternatyvių veiksmų pasekmių, pasirinkimas tikriausiai iš anksto „determinuotas". Taip yra todėl, kad netikrumas iš principo sukelia pasirinkimo sunkumus. Jei paklausite matematiko, kokia yra antroji x^2+1 išvestinė, būsite tikras, kad jis atsakys 2.

Sąmonės reikšmė gali būti ne kaip pasirinkimo mechanizmo, o kaip mechanizmo, leidžiančio asmeniui aiškiau „matyti" alternatyvių veiksmų „už" ir „prieš". Jis susikuria tų veiksmų modelius, kurie sudaro galimybę įvertinti jų naudą ir kaštus neatliekant pačių veiksmų. Daugeliu atveju tai yra naudingesnė procedūra, nei bandymo ir klaidos kelias. Tačiau gali būti, kad, jei sąmonė ir vaizduotė leidžia asmeniui susikurti aiškų alternatyvių veiksmų privalumų ir trūkumų vaizdą, jo pasirinkimas yra determinuotas. Žmogus pasirenka tai, į ką pasvyra privalumų svarstyklės. Šiame aiškinime sąmonė yra daugiau informacijos gavimo būdas nei laisvo pasirinkimo centras[21]. Neapsisprendimas yra būsena, kurioje žmogus negavo optimalaus informacijos kiekio. Laisvas žmogus yra tas, kuris nenusprendžia, ką daryti, kol negauna optimalaus informacijos kiekio, turinčio įtakos jo pasirinkimui, ir po to veikia racionaliai. Kitaip sakant, mes turime norų ir įsitikinimų, kurie susiformuoja sąmonės pagalba, kaip patenkinti tuos norus; norų ir įsitikinimų sąjunga, nereikalaudama nustatyti laisvos valios galimybių, nulemia mūsų valingą elgesį[22].

Mano aiškinama pasirinkimo koncepcija yra panaši į ekonomistų idėjas apie sprendimų priėmimą, esant netikrumui[23], arba į tai, ką aš esu pavadinęs „racionaliu sprendimu". Ji taip pat panaši į Quine'o požiūrį, jog veiksmas yra „laisvas, jeigu veikėjo motyvai ir paskatos sudaro sąsają priežastinėje grandinėje. Šie motyvai ar paskatos gali būti taip griežtai apibrėžiami, kaip jums patinka."[24] Bet kuriame požiūryje nėra vieneto, kurį aiškiai galime pavadinti „laisva valia". Šis terminas, kuris daugiau pateikia požymius, o ne esmę, apibūdina tam tikrą elgesį ir šia prasme yra panašus į

[20] Angl.: the „de" of „deliberation" is like the „de" of „deemphasize". Vertėjo pastaba.

[21] Tai nėra nesuderinama su požiūriu, kad, jeigu jūs žinote, ką asmuo rengiasi daryti, ir jam tai pasakote, asmuo pasielgs kitaip. Jūsų pasidalyta informacija pakeičia asmens aplinką. Jei jūs žinotumėte, kaip jis reaguos į jūsų pasakymą, ką jis rengiasi daryti, tuomet jūs galėtumėte numatyti jo elgesį. Mažų vakų tėvai išmoksta taip daryti.

[22] Žr. Donald Davidson, „*Actions, Reasons, and Causes*", in Davidson, Essays on Actions and Events, 1980, p. 3.

[23] Žr. Donald Davidson, „*Replies to Essays I–IX*", in *Essays on Davidson: Actions and Events*, Bruce Vermazen and Merrill B. Hintikka eds. 1985, p. 195, 199–201.

[24] W. V. Quine, „*Things and Their Place in Theories*" in *Theories and Things*, op. cit. 2, p. 1, 11. Taip pat žr. Hume, op. cit. 5, p. 95 (§8, pt. 1, §73).

žodį „sėkmė". „Sėkmė" nėra žmonių turimas daiktas; jo vieta erdvėje ir laike yra ne daugiau apibrėžta, nei stovinčio jaguaro greitis. Tai yra būdas apibūdinti žmogaus patirtį po fakto. Panašiai „laisva valia" nėra daiktas, o elgesio, kuris nėra priverstinis dėl išorinių veikėjo motyvų ir paskatų, išraiška. Jeigu esu išmetamas į kaimyno žemę, tai nėra mano laisva valia. Tačiau jei niekas manęs nestumia ir aš įžengiu į svetimą žemę, tai darau savo noru.

Reikia sutikti, jog toks laisvos valios problemos sprendimas veda į paradoksą: tuomet ir narkomanas, ir žvirblis yra laisvi. Tačiau tai nėra taip keista kaip atrodo. Mes paprasčiausiai galime geriau suprasti motyvus ir paskatas tų gyvių, kurių motyvai ir paskatos yra santykinai paprasti (žvirblių) arba kurie yra pakliuvę į vienos dominuojančios paskatos gniaužtus (narkomanai), nei mes suprantame vidutinio vyro ar moters motyvus ir paskatas. Taip pat svarbu atskirti numatymą nuo valdymo. Kadangi žvirblio elgesio priežastingumas yra pakankamai paprastas, mes galėsime labai tiksliai numatyti jo tą elgesį. Tačiau žvirblis yra laisvas – jis nepriklauso nuo mūsų. (Taip pat yra su narkomanu.) Tačiau jis nėra nepriklausomas nuo savo instinktų ir aplinkybių, kaip galbūt ir mes nebesame nepriklausomi nuo savo instinktų ir aplinkybių, kokios sudėtingos jos bebūtų.

Taip, kaip galima būti laisvu nesuvokiant laisvės (spėju, kad žvirblis nesuvokia), galima būti ir nelaisvu, tačiau manyti priešingai. Žinodamas narkomano silpnybę, galėčiau labai efektyviai kontroliuoti jo elgesį, jei mano, o ne jo smegenys valdytų jo raumenis. Asmuo gali būti laisvas Hume'o ir Quine'o sampratos prasme, tačiau lygiai taip pat jo elgesys gali būti determinuotas. Net jei mes „iš tikrųjų" turėtume laisvą valią – nesuvaržyto pasirinkimo galimybę – ji negarantuotų mūsų laisvės, nes jai galbūt trūktų priežasties efektyvumo, pavyzdžiui, kai aš „pasirenku" pasilikti kambaryje, nežinodamas, kad jis užrakintas iš išorės. Galutinis paradoksas, artimai susijęs su mano ankstesne pastaba dėl atsitiktinio pasirinkimo, yra tai, kad nenuspėjamas pasirinkimas gali būti mažiau laisvas už nuspėjamą. Asmuo, kuris renkasi neracionaliai, kuris, rinkdamasis tarp mėgstamo ir nemėgstamo, pasirenka pastarąjį, nėra laisvas. Jis yra asmuo, negalintis įgyvendinti laisvos valios.

Aš ginu tą laisvos valios koncepciją, kuri laisvą valią prilygina racionaliam pasirinkimui priemonių pritaikymo tikslui prasme, kaip bebūtų tie tikslai pasirenkami ir nepriklausomi nuo to, ar „pritaikyme" yra sąmoningos protinės veiklos. Ar ši koncepcija yra teisinga ar klaidinga, išsami ar neišsami, pamokanti ar nepamokanti, ji tikrai nusipelno tuo, kad apibendrina neabejotinai įtakingą ir galbūt net dominuojantį toną teisės realiame, priešingai deklaruojamam, požiūryje į žmonių elgesio valdymą. Kokią pažangą teisė padarė valdydama elgesį, ypač baudžiamojoje sferoje, paaiškėjo iš mentalinių paaiškinimų pakeitimo bihevioristiniais paaiškinimais ne tik santykių su nusižengusiais asmenimis srityje, tačiau ir nustatant bausmių griežtumą konkretiems nusikaltėliams ir nusikaltimams. Kriminologai sukūrė recidyvizmo modelius, leidžiančius numatyti, kurie nusikaltėliai išėję į laisvę yra linkę vėl nusikalsti pagal tokius požymius kaip potraukis narkotikams, išsilavinimo stoka, amžius ir kriminalinė praeitis, nors šie požymiai neturi nieko bendra su nusikaltėlio mintimis ar sąmo-

ningais pasirinkimais[25]. Elgesio modelis veikia geriau nei bet koks mentalinis nusikalstamų polinkių modelis.

Net kai baudžiamoji teisė atrodo labiausiai mentalinė, pavyzdžiui, numatydama griežtesnes bausmes už suplanuotus nusikaltimus nei už impulsyvius, pamatinė politika ir netgi įgyvendinimo būdas gali būti nementalinis. Nusikaltėlis, kuris apgalvoja nusikaltimą, turi daugiau galimybių sulaukti sėkmės (ir tuo padaryti didesnę žalą) negu impulsyvus nusikaltėlis. Be to, planuojantį nusikaltėlį sunkiau sučiupti ir nubausti, todėl didesnė tikimybė, jog jis liks nenubaustas. Dėl abiejų išvardytų elementų efektyvus atbaidymas reikalauja, kad bausmė būtų griežtesnė tuo atveju, jei nusikaltėlis sučiumpamas[26]. Tęsiant šią mintį, būsimasis nusikaltėlis, kuris planuoja nusikaltimą, t. y. svarsto mintyse alternatyvas – nusikalsti ar susilaikyti, gali būti jautresnis bausmės grėsmei už impulsyvų nusikaltėlį, nes jis mato visą naudos ir sąnaudų vaizdą, įskaitant bausmę, prieš pasirinkdamas, kaip pasielgti. Todėl jį nubausti gali būti socialiai labiau produktyvu, negu nubausti impulsyvų nusikaltėlį.

Mes ne tik griežčiau baudžiame planuojantį nusikaltėlį dėl priežasčių, kurios visiškai nesusijusios su laisva valia, bet ir nuspręsdami, ar nusikaltimas yra apgalvotas, naudojame bihevioristinį požiūrį į apgalvojimą, kaip oksimoriška tai beatrodytų[27]. Mes tiriame nusikaltimo aplinkybes: ar jis buvo nuslėptas? Ar nusikaltėlis buvo numatęs, kaip pasprukti? Ar iš anksto gavo nusikaltimo įrankius? Ar jie atitiko tikslą (pavyzdžiui, buvo pakankamai mirtini nužudymo atveju)? Ar daug naudos gauta iš nusikaltimo? Iš šių aplinkybių gali būti kuriamas planuojančio nusikaltėlio modelis – objektyvi nusikaltėlio motyvacinės patirties „rekonstrukcija", kuri sukuriama suteikiant jam tam tikrą racionalumo tipą. Tačiau toks žingsnis yra nereikalingas, galbūt tik euristinis. „Sąmoningas" pasirinkimas nediskutuojant gali būti apibrėžtas kaip kaštų ir naudos analizė, naudos maksimizavimas arba priemonių ir tikslo racionalumas; net-

[25] Šių modelių tikslumas nagrinėjamas daugelyje darbų, kurie teigia, kad tik jų tikslumas yra teisingas. Štai nedidelis literatūros sąrašas: Peter Schmidt, Ann Dryden Witte, *Predicting Recidivism Using Survival Models*, 1988, p. 157–160; Stephen P. Klein, Michael N. Caggiano, *The Prevalence, Predictability, and Policy Implications of Recidivism*, 1986, p. 37–38; Stephen L. Bieber et al., *„Predicting Criminal Recidivism of Insanity Acquitees"*, 11 International Journal of Law and Psychiatry, 1988, p. 105; Peter B. Hoffman, James L. Beck, *„Recidivism among Released Federal Prisoners: Salient Factor Score and Five-Year Follow up"*, 12 Criminal Justice and Behavior, 1985, p. 501; Andrew von Hirsch, Don M. Gottfredson, *„Selective Inacapacitation: Some Queries about Research Design and Equity"*, 12 Review of Law and Social Change, 1983–1984, p. 11, 44–45; Kevin N. Wright, Todd R. Clear, Paul Dichson, *„Universal Applicability of Probation Risk-Assesment Instruments: A Critique"*, 22 Criminology, 1984, p. 113; F. J. Spellacy, W. G. Brown, *„Prediction of Recidivism in Young Offenders after Brief Institutionalization"*, 40 Journal of Clinical Psychology, 1984, p. 1070; Terrill R. Holland et al., *„Comaprison and Combination of Clinical and Statistical Predictions of Recidivism among Adult Offenders"*, 68 Journal of Applied Psychology, 1983, p. 203; Howard Wainer, Anne M. B. Morgan, *„Robust Estimation of Prole Outcome"*, 19 Journal of Research in Crime and Delinquency, 1982, p. 84.

[26] Žr. mano straipsnį *„An Economic Theory of the Criminal Law"*, 85 Columbia Law Review, 1985, p. 1193, 1222–1223.

[27] Puikią diskusiją žr. Nuttall, op. cit. 12.

gi kai kurie filosofai vertindami taip daro[28]. Todėl įmanoma, nors paradoksalu, suprasti apgalvojimą iš anksto bihevioristiniais terminais kaip ratu einantį būdą apibūdinti nusikaltėlius, kurie labiausiai gali tikėtis sėkmės. Mentalinės kalbos išsilaikymas teisėje gali rodyti teisės kultūros konservatyvizmą.

Mano siūlomas požiūris neeliminuoja visiškai mentalinio elemento. Planavimas yra mentalinis – tai sąmonės reikalas. Aš neigiu ne mentalinių reiškinių egzistavimą, o proto, kuriame veikia ketinimai ir laisva valia, koncepcijos naudingumą teisei. „Aktų išskyrimas į tuos, už kuriuos asmuo atsako, ir į tuos, už kuriuos neatsako, yra atlygintinumo ir baudimo socialinio aparato dalis: atsakomybė pripažįstama ten, kur atlygintinumas ir baudimas yra linkę veikti kaip paskatinimo ir atbaidymo priemonės"[29]. Atsakomybės suteikimas, pagal savo tikslą būdamas socialinis, o ne filosofijos dalykas, neprivalo siekti laisvų ir priverstinių aktų išskyrimo. Asmuo, kuris laisvai, tikrai to norėdamas, nužudo kitą asmenį besigindamas, yra atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės, tačiau nuo atsakomybės neatleidžiamas žudikas, kuris nebūtų žudęs, jei nebūtų sunkiomis sąlygomis augintas žiaurių tėvų. Bausmė būtų neefektyvi pirmuoju atveju, tačiau yra efektyvi antruoju atveju. Visuomenė nenori leisti blogai užaugintiems asmenims žudyti ir tiki, kad bausmės grėsmė (kuri, jei neatbaido nuo nusikaltimo, privalo būti įvykdyta, kad taptų įtikinama) atbaidys tokius asmenis nuo žmogžudystės. Kiekvienas atvejis turi laisvos valios Quine'o prasme. Priešingai, jei nužudoma nepagrįstai išsigandus dėl savo saugumo arba užmezgami lytiniai santykiai su nepilnamete moterimi pagrįstai įsitikinus, jog ji pilnametė, tai pripažįstama kaltu nusikaltimu, nors nusikaltėlis nežino, jog daro nusikaltimą. Tai yra griežtos atsakomybės baudžiamojoje teisėje komponento pavyzdžiai. Taip pat esama ir griežtos atsakomybės nusikaltimų, pavyzdžiui, pakeistų ar nesaugių maisto produktų ir vaistų pardavimas. Jei mano analizė teisinga, manau, kad nėra jokios anomalijos kartais numatyti baudžiamąją atsakomybę už širdies tyrumą ir proto tuštumą. Baudžiamoji teisė yra socialinio valdymo instrumentas ir – aš tvirtinu – žmones laiko objektais, o ne kantiškais subjektais.

„Šaltas ir apskaičiuojantis" žudikas nebaudžiamas griežčiau už impulsyvų žudiką dėl to, kad jo valia buvo laisvesnė. Jį galėjo slėgti sunkesnė praeitis, genai, psichika ar auklėjimas. Tačiau tokios rūšies tyrimas, kurį deterministai pavadintų medžiokle su snaiperiais, baudžiamuosiuose teismuose nedaromas. Arba teismai tuo yra labai nusivylę, arba paprasčiausiai tai reiškia, jog iš anksto planuojantis nusikaltimą nusikaltėlis yra labiau linkęs pridaryti žalos ir jį sunkiau sučiupti. Pavojingumas yra priežastis, dėl kurios vienas nusikaltėlis baudžiamas griežčiau už kitą. Nietzshe's žodžiais, jis baudžiamas kaip „neatsakinga likimo dalis".

[28] Žr. Pavyzdžiui, D. S. Clarke, Jr., *Practical Inferences*, 1985, p. 15–69, 109–126; Davidson, op. cit. 21.

[29] Quine, „Smart's Philosophy and Scientific Realism", in Theories and Things, op. cit. 2, p. 92, 94–95. (Ryle, op. cit. 6, p. 69, teigia panašiai). Šio teiginio (kad teisinė atsakomybė ir laisva valia gali būti ir yra atsiskyrę) įrodymas yra faktas, kad laisvos valios ekspertai, nagrinėdami praktinius atsakomybės klausimus, pavyzdžiui, baudžiamąją atsakomybę, pateikia analizes, kurios niekuo nesiskiria nuo filosofijos neišmanančių teisininkų analizės.

Iš tiesų dėl neracionalios prievartos nusikaltimus darantys asmenys yra nebaudžiami. Bausmės grėsmė jų negali atbaidyti, kadangi jie neperkelia tikėtinos bausmės svorio į „sprendimą", ar daryti nusikaltimą. Juos reikia šalinti ir jie yra šalinami iš visuomenės gyvenimo, nes jie labai pavojingi, tačiau bausmėmis čia nieko nelaimėsi. Tačiau galima laimėti baudžiant už griežtos atsakomybės nusikaltimus, pavyzdžiui, už išžaginimą. Bausmės grėsmė atbaido galimą nusikaltėlį nuo artinimosi prie saugomos klasės ir taip labiau apsaugo šią klasę. Sunkiausia yra paaiškinti, kaip baudžiamas dėl nepagrįstos baimės nusikaltęs asmuo. Kuo jis skiriasi nuo asmens, kuris veikia dėl neracionalios prievartos? Įrodymų problemas atmetus, galima būtų manyti, jog bausmės grėsmė paskatins sąmoningus žmones atsargiau elgtis pavojaus akivaizdoje, tačiau nepaveiks nesąmoningų žmonių. Dėl to bausmės nauda yra didesnė pirmuoju atveju.

Atbaidymas preziumuoja gebėjimą priimti sprendimus ir veikti pagal juos, kitaip tariant, racionalumą, bet nė kiek ne stipresnį laisvos valios pojūtį. Todėl akivaizdu, kad mūsų modernioji baudžiamosios atsakomybės koncepcija susijusi su atbaidymu, o per jį – su racionalumu. Galimybės nusikalsti atėmimo ar atlygintinumo teorijos tokį ryšį nutraukia.

Bihevioristinis požiūris į baudžiamąją atsakomybę sutrikdo ne vieną galvotą teisės ar moralės studentą. (Atvirkščiai, retai kam užkliūna „atsargaus žmogaus" standartas „civilinės teisės" pažeidimų prasme arba „objektyvi" kontrastų teorija.) Mes jaučiamės nesmagiai, kai imame apie žmones galvoti kaip apie gyvūnus ar automatus, arba kai teigiame, kad teisingumo sistema taip „galvoja" apie žmones. Nors iš tikrųjų sistema būtent taip ir daro dėl dviejų puikių priežasčių: neįmanoma pažvelgti į žmogaus protą bent jau grubiais teisminio proceso įrankiais ir, net jei tai pavyktų, negalime būti tikri, kad ten rastume intencijas, piktybiškumą, išankstinį numatymą ir kitus dalykus, kurių turėtume tikėtis iš teisės mentalinės kalbos. Bihevioristinis požiūris, atrodo, nepalieka jokios erdvės apeliacijoms į sąmonę, kaltės jausmą, sąžinės graužatį; jis beveik atima iš baudžiamosios teisės bet kokį moralinį ir humanišką turinį. Pragmatiškas atsakymas turėtų būti: „Na ir kas?" Nėra jokio realaus pagrindo bijoti, kad proto filosofijos samprotavimai kaip nors paveiktų pagarbą teisei ar jos laikymąsi. Bihevioristinė metakalba nepakirs žmogaus moralinės atsakomybės pojūčio ir ne tik todėl, jog daugelis žmonių nesupras metakalbos ir jos išvadų. Filosofai, kurie tiki determinizmu, asmeniniame gyvenime elgiasi lygiai taip pat kaip kiti žmonės. Jei laisvė yra iliuzija, tai šios iliuzijos (kaip ir iliuzijos dėl trimačio suvokimo, nors žinome, kad tinklainė yra dvimatė) nusikratyti neįmanoma neatsižvelgiant į įsitikinimus ir pažiūras[30]. Laisvės iliuzijos (jei tokia yra) išliekamoji vertė nėra paslaptis, todėl nėra paslaptis ir tai, kodėl ji taip įaugusi į mūsų smegenis. Laisvės pojūtis verčia mus veikti pasirinktinai ta prasme, kad mes susirenkame kaip įmanoma daugiau informacijos „už" ir „prieš" alternatyvius veiklos variantus ir tik tuomet veikiame.

[30] Sukrečiantį pavyzdį žr. Howard Margolis, *Patters, Thinking, and Cognition: A Theory of Judgement*, 1987, p. 38, fig. 2.1 („Linkolno lentelė"). Palyginkite su Meir Dan-Cohen, „*Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*", 97 Harward Law Review, 1984, p. 625.

Kai kas gali teigti, kad aš ginu biheviorizmą (ar determinizmą) tiktai nuo kaltinimo dėl blogų pasekmių sukėlimo, kai tuo tarpu tikrasis kaltinimas yra dėl to, jog jis atspindi supaprastintą žmogiškosios prigimties koncepciją. Jis yra labiausiai nutolęs nuo įtakingosios Kanto nuomonės, kad žmonės neturėtų vertinti vienas kito kaip objektų[31]. Tačiau klausimas yra ne apie tai, kuo mums naudinga tikėti laisvės ir determinizmo santykyje, o apie tai, kokia prielaida būtų teisinga remtis teisėje. Biheviorizmas yra vienintelė praktiškai veikianti prielaida teisėje, o jo pavojai yra išpūsti. Be to, net jei bihevioristinis požiūris į baudžiamąją teisę sukelia rimtų pavojų, taip pat jų sukelia ir mentalinis požiūris. Visiškas pasitikėjimas prisipažinimu viduramžių ir ankstyvojoje šiuolaikinėje teisėje padeda paaiškinti, kaip atsirado stulbinančiai daug neegzistuojančių nusikaltimų, pavyzdžiui, raganavimas. Galbūt baudžiamosios teisės nereikėtų nei „mentalizuoti", nei moralizuoti.

Nors biheviorizmas yra šiuolaikinė idėja, ji netikėtai gerai dera su Švietimo epochos idėjomis apie asmens laisvę ir autonomiją. Tai atrodo dvigubai paradoksalu: pirma, laisvė yra determinizmo antitezė, ir, antra, vertindamas žmones kaip objektus, biheviorizmas yra Kanto teiginio apie žmogiškojo subjekto autonomiją antitezė. Paradoksalumas sumažėja, kai iš teorijos pereinama į praktiką. Vyriausybinio reguliavimo apribojimas tik išoriniu elgesiu palieka minties ir jausmų sritį asmeninei autonomijai. Visgi atskyrimas yra rizikingas, kadangi niekas biheviorizme netrukdo pasinaudoti Pavlovo sąlygomis antisocialaus elgesio prevencijai – o tai yra „protų maišatis" labai dramatišku būdu.

Priverstiniai prisipažinimai. Prisipažinimų paminėjimas veda į labai sunkų klausimą, susijusį su laisvos valios klausimu: „savanoriško" ir „nesavanoriško prisipažinimo atskyrimas. Pirmasis yra pripažįstamas baudžiamajame procese, antrasis – ne[32]. Net jei nusikalstamas elgesys yra „mentalinis" griežtąja prasme, tai nepaneigia, jog dauguma nusikaltėlių supranta, ką yra padarę (net jeigu jie nebuvo „laisvi" to išvengti) ir gali būti paskatinti prisipažinti. Kai kurių nusikaltimų neįmanoma išaiškinti be didžiulių ir nesibaigiančių išlaidų, jei nusikaltėlis neprisipažįsta. Jei prisipažinimui išgauti naudojamos priemonės yra tokios skausmingos ar pavojingos („prisipažink arba tuoj pat mirsi"), kad asmeniui apsimoka prisipažinti, nors nusikaltimo jis nėra padaręs, mes neabejotinai norėsime užkirsti kelią prisipažinimams, nepaisant teiginių apie laisvą valią. Turint omenyje, kad yra ir kitų būdų kaltei įrodyti, tokių nepatikimų įrodymų išgavimo sąnaudos tik labai retais atvejais nebus didesnės už gautų

[31] Iškalbingą pareiškimą žr. *„Freedom and Resentment"*, op. cit. 19, p. 9.

[32] Apie teisinį vertinimą žr., pavyzdžiui, *Beckwith v. United States*, 425 U. S. 341, 1976; *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U. S. 218, 1973, p. 223–227 (byloje nėra prisipažinimo, tačiau yra labai geras priverstinio prisipažinimo doktrinos apibendrinimas); *Spano v. New York*, 360 U. S. 315, 1959; *Frazier v. Cupp*, 394 U. S. 731, 1969; *Haynes v. Washington*, 373 U. S. 503, 1963; *Jurek v. Estelle*, 623 F. 2d 929, 5th circ. 1980; kitas bylas glaustai apibendrino teisėjas Friendly, *United States ex rel. Hughes v. McMann*, 405 F. 2d 773, 776, 2d Cir. 1968; Fred E. Inbau, John E. Reid, Joseph P. Buckley, *Criminal Interrogation and Confessions*, 3d ed. 1986, p. 308–326; Joseph D. Grano, *„Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions"*, 65 Virginia Law Review, 1979, p. 859; Stephen J. Schulhofer, *„Confessions and the Court"*, 79 Michigan Law Review, 1981, p. 865.

įrodymų vertę. Tačiau šiuolaikinė teisė žengia toliau. Ji nepripažįsta prisipažinimo, išgauto grasinimais, pažadais ar iškraipyta informacija, jeigu šiais metodais sukeltas spaudimas laikytinas nepagrįstu, nors jis ir nėra toks kraštutinis, kad priverstų nekaltą asmenį prisipažinti. Pavyzdžiui, policija gali pažadėti žudikui, kad jam bus skirta švelni bausmė, jeigu jis prisipažins. Toks pažadas gali paveikti žudiką, bet kažin ar paveiks nekaltą asmenį (sveiko proto asmenį – tai gali būti svarbi charakteristika), kuris klaidingai įtariamas. Visgi jeigu toks pažadas yra netikras, prisipažinimas nebus pripažintas argumentuojant, kad jis nebuvo „savanoriškas".

Taip daug nusikaltimų dabar padarančioje Amerikos visuomenėje taisyklė dėl nesavanoriškų prisipažinimų gali pasirodyti neleistina prabanga. Aš šio klausimo nenagrinėsiu. Filosofinis interesas yra nukreiptas į ryšį tarp teisinės savanoriškumo idėjos ir filosofinės laisvos valios idėjos. Kad toks ryšys egzistuoja, nėra naujiena. Tačiau aš mėginsiu įrodyti, kad tas ryšys yra susijęs su Hume'o ir Quine'o laisvos valios koncepcija, kuri savo dvasia yra deterministinė.

Žinome, kad atsitiktinis pasirinkimas nėra laisvas. Pagal savo apibrėžimą šis pasirinkimas daromas radikaliai ignoruojant jo pasekmes. Jei policija naudoja grasinimus, melą, nepagrįstus pažadus, kad pakeistų aplinkybes, kuriomis įtariamasis turi nuspręsti, prisipažinti, ar ne. Tai panašu į vertimą mesti kauliuką, nes neteisinga pasirinkimo pasekmių nuojauta yra nė kiek ne geriau už visišką nuojautos nebuvimą. Svarbu ne tai, kad pažadai, grasinimai, suklaidinimas priverčia įtariamąjį prisipažinti ir tuo paneigia jo laisvą valią. Laisvas pasirinkimas taip pat nebūna be priežasties. Kitaip teismai turėtų atmesti daugelį teiginių, pasakytų per apklausas, nes apklausos yra tų teiginių priežastis. Tai yra akivaizdu, kai asmuo yra sulaikytas ir apklausiamas ginkluotų policininkų, kurie yra išmokę atmesti prieštaravimus, pasinaudoti įtariamojo nerimu, išsprūdusiais žodžiais ar kitaip išnaudoti palankią situaciją[33]. Visgi, nors tokiomis aplinkybėmis prisipažinimas tampa daug labiau tikėtinu, įtariamajam netenka susidurti su klaidinančiomis aplinkybėmis, kurios trukdytų apgalvotam pasirinkimui – pasverti alternatyvių poelgių pasekmes (žinoma, tiek psichologines, tiek praktines). Nors priverstinių prisipažinimų teisė būna įvyniota į mentalinę kalbą[34], teorija, kaip aš ją suformulavau, yra suderinama su bendru bihevioristiniu požiūriu į bau-

[33] Nuostabusis Inbau traktatas, op. cit. 31, 1 p. ir priedas, yra vadovėlis, kaip išgauti prisipažinimą keliant įtariamojo nerimo lygį iki tokios ribos, kur jis viršija atvirkštinių prisipažinimo pasekmių suvokimą (tardytojas yra mokomas minimizuoti šias pasekmes). Žr. taip pat Edwin D. Driver, *„Confessions and the Social Psychology of Coercion"*, 82 *Harward Law Review* 42, 1968. Bylose yra pripažįstamas iš esmės priverčiamasis policijos apklausų pobūdis, tačiau tiek filosofiniu, tiek praktiniu požiūriu yra pagrįstas atsisakymas peršokti prie išvados, jog bet koks tokios apklausos būdu išgautas prisipažinimas turi būti atmetamas. Žr. pavyzdžiui, *Oregon v. Mathiason*, 429 U. S. 492, 495, 1977 (*per curiam*).

[34] „Susidūręs su tiesioginiu grasinimu dėl ilgalaikio *incommunicado* sulaikymo ir paskatintas pažado, kad bus leista susisiekti bei susitikti su šeima, suprantama, jog Heynesas pasirinko pasirašyti nelemtąjį pareiškimą; atsižvelgiant į neteisingą ir iš esmės priverčiamojo pobūdžio kontekstą pasirinkimui, pastarasis negali būti pripažintas esąs savanoriškas laisvos ir nesuvaržytos valios pasireiškimas". *Haynes v. Washington*, 373 U. S. 503, 514, 1963. Šiam teiginiui galbūt labiau tiktų būtasis laikas; Aukščiausiojo Teismo prisirišimas prie „laisvos ir nesuvaržytos valios" reikalavimo prisipažinimų teisėtumui greitai nyksta. Žr. kitą išnašą.

džiamąją teisę[35]. Žinoma, jog racionalus pasirinkimas nėra tas pats, kas laisva valia griežtąja prasme. Racionalus pasirinkimas yra objektyviai teisingas; jokių prielaidų apie pasirinkusiojo laisvę ar subjektyvumą nėra daroma.

Gali atrodyti, jog bihevioristinis požiūris į prisipažinimų teisę geriau dera su suklaidinimu nei su psichinio nerimo sukėlimu (pavyzdžiui, neleidžiant įtariamajam gauti jokių žinių). Pastaroji spaudimo ar prievartos forma tiksliau yra apibrėžiama kaip atsisakymo prisipažinti kaina, o ne trukdymas racionaliam, informacija pagrįstam sprendimui dėl prisipažinimo ar neprisipažinimo. Visgi jeigu kaina yra pakankamai aukšta, ji gali sukelti nepatikimą prisipažinimą. Dar yra trečioji alternatyva. Spaudimas gali daryti įtaką aiškiam mąstymui (nementaline prasme, pagal kurią ir apie balandį gali būti sakoma, kad jis „mąsto", kurį maisto gabalėlį valgyti sekantį), išblaškyti ir supainioti, paneigti apgalvoto pasirinkimo galią, net jei spaudimas nėra toks didelis, kad sukeltų klaidingą prisipažinimą[36].

Teisės įsipareigojimas užkirsti kelią prisipažinimams dėl suklaidinimo nėra absoliutus; šiek tiek gudrybės apklausose yra leidžiama. Pavyzdžiui, policijos surinktų įkalčių prieš įtariamąjį sureikšminimas, tai yra tokia taktika, kai įtariamajam sudaromas įspūdis, kad jam nebėra ko prarasti prisipažįstant, nėra draudžiama. Spėju, kad pagrindinė priežastis, kodėl policija paprastai sureikšmina kitus įrodymus, yra ta, kad iš tikrųjų tie įrodymai yra silpni. Priešingu atveju, kam reikėtų juos sureikšminti? Iš to seka, kad prisipažinimas yra būtinai reikalingas. O leidžiama gudrybė yra tokio pobūdžio, kuris neturėtų sukelti melagingo prisipažinimo. Atidus skaitytojas pastebės, kad čia yra kaštų ir naudos analizės liekanų. Kai noras efektyviai taikyti teisės normas nugali pasibjaurėjimą išnaudoti gudrumu gautą prisipažinimą, teisėjai pripažįsta prisipažinimą „savanorišku". Teisė vadovaujasi filosofija tol, kol tai naudinga.

35 Teismas yra nurodęs, kad kaltinamasis baudžiamojoje byloje neturi „teisės ... prisipažinti padaręs nusikaltimą, išskyrus būdamas visiškai racionalus ir tinkamai pagrįstas". *Colorado v. Connely*, 479 U.S. 157, 166, 1986. „Mes niekuomet neaiškinome, kad Konstitucija reikalauja policijos pateikti įtariamajam informaciją, kuri padėtų jam apsibrėžti savo interesus sprendžiant, ar prisipažinti, ar ginti savo teises". Moran v. Burbine, 475 U.S. 412, 422, 1986. Teismų toleranciją psichologiniam spaudimui išgauti prisipažinimą gerai iliustruoja *Miller v. Fenton*, 796 F. 2d 598 (3d Cir. 1986). Kaip aiškiai parodo ši ir daugelis kitų bylų, pareiškimas byloje *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 542–543, 1987, kad savanoriškas prisipažinimas neturi būti „išgautas jokios rūšies grasinimais ar smurtu, tiesioginiais ar išvestiniais pažadais, kokie menki jie bebūtų", daugiau nebėra autoritetingas.

36 Tačiau nereikia nuvertinti galimybės išaiškinti melagingus prisipažinimus santykinai švelniomis psichologinio spaudimo formomis. Žr. William Sargent, *Battle for the Mind: A physiology of Conversion and Brain-Washing*, 1957, sk. 9. Tardytojo tikslas yra padidinti įtariamojo nerimo lygį, o nekaltas asmuo gali sunkiai pakęsti nerimą ir policijos tardymas tikriausiai dar labiau sustiprins tą nerimą. Gali atrodyti, jog iš to išplaukia, kad nekalti asmenys yra labiau linkę prisipažinti nei kaltieji. Tačiau taip nėra, bent jau tokioje sistemoje kaip mūsų (žr. kitą skyrių), kur nekalti asmenys nuteisiami labai retai. Šio fakto žinojimas turėtų sušvelninti nekaltų asmenų nerimą. Be to, jis turi daugiau ką prarasti dėl prisipažinimo negu kaltas asmuo, nes labai tikėtina, kad, be prisipažinimo, bus ir kitų kaltės įrodymų prieš kaltąjį asmenį. Tačiau visais šiais atvejais darome išvadą, kad nekaltas asmuo yra racionalus ir pakankamai gerai informuotas, nors ir apimtas nerimo, tokia prezumpcija ne visuomet yra teisinga.

Galima žengti dar toliau. Cezaris ryžtasi lemtingąją dieną eiti į Kapitolijų, paveiktas konspiratorių meilikavimo ir klaidinimo, kurių išmoningas žaidimas Cezario tuštybe įveikia jo žmonos nuogąstavimus. Tačiau mes nesame linkę neigti laisvą Cezario pasirinkimą. Sprendimas aiškiai glūdėjo jo charakteryje ir to, atrodo, pakanka. Lygiai taip pat, kai policijos tardytojai išgauna prisipažinimą išnaudodami įtariamojo silpną charakterį, mes vis tiek esame linkę manyti, kad prisipažinimas yra autentiškas, ir todėl leidžiame pripažinti jį kaip įrodymą prieš asmenį.

Galima įrodinėti, kad sprendimas prisipažinti niekuomet nėra racionalus, kadangi vėliau nusikaltėlis viską geriau apgalvoja ir stengiasi atsiimti savo prisipažinimą. Tačiau vieningo atsiėmimo įspūdis yra tik dar viena iliustracija, kaip sumodeliuotas šališkumas komplikuoja teisinę analizę. Prisipažinimas ginčijamas tik tose bylose, kuriose pats kaltinamasis pakartotinai apgalvojo savo sprendimą prisipažinti; bet tik maža baudžiamųjų bylų dalis yra ginčijama, o dauguma baigiamos remiantis kaltės prisipažinimu. Gailestis dėl priimto sprendimo taip pat neparodo, kad priimtasis sprendimas buvo neracionalus. Prisipažinimą galėjo paskatinti sąžinės graužatis, kuri laikui bėgant praeina. Kaštų ir naudos balansas, kuris nulemia sprendimą bihevioristiniame žmogaus veiksmų modelyje, per ilgesnį laiką pasikeičia; todėl priešingi sprendimai skirtingu laiku gali būti nuoseklūs.

Asmuo, kuris (būdamas kaltas ar ne) prisipažįsta dėl tikėtino grasinimo būti tuoj pat nužudytas, jei neprisipažins, paveikia racionalią pusiausvyrą tarp prisipažinimo kaštų ir naudos. Todėl kyla klausimas, ar toks prisipažinimas turėtų būti pripažįstamas. Neturėtų, tačiau priežastis yra ne ta, kad grasinimas trukdo racionaliam pasirinkimui, o ta, kad tokio grasinimo veikiamas racionalus pasirinkimas prisipažinti vyksta neatsižvelgiant į kaltę. Grasinimo sukeltas pasirinkimas yra visiškai racionalus, tačiau iš jo kylantis prisipažinimas yra nepatikimas ir todėl nepriimtinas. Panašiai būtų, jei policija reguliariam pažeidėjui, įtariamam nedideliu nusikaltimu, pasiūlytų 100 000 dolerių už prisipažinimą ir realiai būtų pasirengusi ištesėti savo pažadą. Čia nebūtų jokio klaidinimo ar kitokio kišimosi į racionalų pasirinkimą, tačiau būtų pavojus išgauti melagingą, nors ir visiškai savanorišką, prisipažinimą. Kaip ir grasinimas ankstesniame pavyzdyje, pažadas čia sukeltų prisipažinimo atmetimą. Abiem atvejais prisipažinimas yra savanoriškas, tačiau nepatikimas ir todėl visiškai negalimas.

O kaip tuomet, kai abiem atvejais prisipažinimas yra pagrįstas? Reikia išskirti dvi situacijas. Pirmojoje yra kitų įrodymų, jog prisipažįstantis asmuo yra kaltas. Šie įrodymai gali padaryti prisipažinimą labiau tikėtiną, tačiau nuo to prisipažinimas savaime netampa patikimesniu įrodymu, kaip ir „patvirtinamieji" įrodymai negali sustiprinti žinomai suklastoto prisipažinimo patikimumo. Antrojoje situacijoje, kuri yra kur kas įdomesnė, prisipažinimas atskleidžia sąsajas, kurios patvirtina jo teisingumą; pavyzdžiui, jis gali atskleisti faktus, kuriuos gali žinoti tik nusikaltimo vykdytojas. Tokio ir savanoriško Hume'o ir Quine'o prasme, ir patikimo prisipažinimo atmetimas teisme yra pateisinamas tik atgrasymo pagrindu, kaip ir pačių sąsajų nepripažinimas. Mes norime apsunkinti kelią tai prisipažinimų klasei, kurią paprastai laikome nepatikima, todėl uždraudžiame policijai gauti naudos iš tokios klasės prisipažinimų, net

jei jų patikimumą galima pademonstruoti. Tokia strategija yra logiška bihevioristiniu požiūriu tik tuomet, jei patikimi prisipažinimai sudaro nedidelę visos klasės dalį. Tačiau tikriausiai taip ir yra.

Palyginkime mano paaiškinimą apie prisipažinimų priimtinumą valdančius teisinius principus su alternatyviais aiškinimais. Jau išnagrinėta ir pripažinta nepakankama alternatyva yra tai, kad teisės sistema reikalauja stipraus laisvos valios pojūčio. Kita galimybė yra tai, kad nesavanoriški prisipažinimai (nesavanoriški Hume'o ir Quine'o prasme) yra nepriimtini dėl savo nepatikimumo. Šis aiškinimas suklumpa dviejose vietose. Pirma, daug nesavanoriškų prisipažinimų yra taip gerai paremti fiziniais ir kitokiais įrodymais, kad jų patikimumo klausimas nėra rimtai keliamas, nors kvalifikacija gerai paremtas yra svarbi. Parėmimas gali rodyti ne daugiau kaip tai, kad kaltinamasis kažką žinojo apie nusikaltimą galbūt dėl to, kad dalyvavo jame netiesiogiai. (Taigi parėmimas turi tas pačias silpnybes kaip indukcija – galbūt tai yra tas pats.)

Antra, jei patikimumas šiais atvejais yra susirūpinimo esmė, priimtinumo standartu turėtų būti patikimumas, nes tai yra paprastesnis ir geriau pažįstamas įrodymų priimtinumo kriterijus nei savanoriškumas. Mes nesugebėtume paaiškinti tokios bylos kaip *Townsend v. Spain*[37], kurioje Aukščiausiasis Teismas pripažino prisipažinimą esant nesavanorišką, išgautą tiesos serumu. Jei tiesos serumas veikia, juo išgautas prisipažinimas yra patikimas. Tačiau tiesos serumas atima iš apklausiamo asmens pasirinkimo galią, trukdydamas jam pasverti „už" ir „prieš" bei veikti pagal nusvėrusią pusę. Tai yra geras pavyzdys apie skirtumą tarp nesavanoriško ir nepatikimo prisipažinimų.

Dar vienas paaiškinimas, kodėl reikia atmesti nesavanoriškus prisipažinimus, yra mūsų pasibaisėjimas brutaliais policijos metodais. Tačiau tiesos serumas nėra brutalus ir tik kelios suklaidinimų rūšys yra brutalios. Visgi tiesos serumu ar suklaidinimu (ypač pažadais skirti švelnesnį režimą) išgauti prisipažinimai laikomi nesavanoriškais ir yra nepriimtini. Policijos metodų teorijos šalininkai gali iškelti argumentą, kad ne brutalumas, o specifinių apklausos metodų juntamas netinkamumas sukelia jų pasmerkimą. Tačiau dėl to kyla klausimų.

Prisipažinimų pavyzdžiai tampa aiškesni, kai atsisakoma mentalinės, nedeterministinės laisvos valios koncepcijos. Tai yra pragmatiška priežastis žengti toliau už mentalinę kalbą, kuria teisėjai išdėsto savo argumentus. Į priekaištą, kad Hume'o ir Quine'o požiūris nėra pamokomas, nes kas laimima aiškumo prasme, tas prarandama simbolikoje ir atgarsiuose, mano atsakymas yra kaip ir anksčiau: parodykite, kokia praktinė žala gali atsirasti iš didesnio realizmo apie teisę bendrai ir prisipažinimų teisę konkrečiai.

Kiti pritaikymai. Jei anksčiau atlikta analizė yra teisinga, prievartos sutarčių teisėje gynyba neturi nieko bendra su laisva valia. Pažadas sumokėti, išgautas pistoleto vamzdžiu, yra laisvo pasirinkimo produktas, taip kaip ir prisipažinimas mirtino pavojaus akivaizdoje. Mes atsisakome įgyvendinti tokį pažadą todėl, kad nenorime skatinti tokių grasinimų, o ne todėl, kad ji atima iš žmonių laisvą valią.

[37] 372 U. S. 293, 307–308 (1963).

Dar viena sąvoka, be kurios teisė galėtų apsieiti, yra „reputacija". Kai į ją žiūrima kaip į daiktą, yra tendencija ją vertinti kaip asmens privalumą. Iš čia netrukus pereinama prie nuomonės, kad kažkas, atskleidęs tikrą, tačiau nepalankų faktą apie kitą asmenį, atima kažką iš to asmens ir todėl turi atsakyti už atsiradusią žalą. Tačiau kodėl žmonės turėtų turėti teisę klaidinti kitus apie savo tikrąsias savybes? Iš tikrųjų nieko iš asmens, kuriam padaroma žala atskleidžiant jo charakterį ar ankstesnius poelgius, neatimama; tik sudaromos galimybės informacija paremtiems santykiams su tuo asmeniu, nes išsklaidomas dabartinių ar potencialių partnerių klaidingas įsivaizdavimas. Ir atkreipkite dėmesį į tai, kaip teisės klaidinti kitus pripažinimas paneigtų politiką, kuria grindžiama taisyklė dėl priverstinio prisipažinimo.

Reputacijos „daiktiškumo" paneigimas yra esminis žingsnis siekiant teisinės privatumo koncepcijos demistifikavimo[38]. Jis leidžia pamatyti, kad, jei privatumas yra daugiau nei noras būti netrukdomam garsios muzikos, telefono skambučių ar kitų visuomenės parazitų, jis reiškia norą suklaidinti kitus asmenis, su kuriais susiduriama ekonominėje, santuokinėje ar kitose rinkose. Visgi termino reikšmė nekelia abejonių ir tai pastūmėjo Aukščiausiąjį Teismą pritaikyti jį daugeliui sprendimų (dažniausiai dėl kontracepcijos ir abortų), kuriuose interesais nebuvo nei vienišumas, nei suklaidinimas, o tik seksualinė laisvė.

Visa tai nėra skirta paneigti, kad privatumas ir seksualinė laisvė yra tikrosios vertybės. Daugelis žmonių, įskaitant ir mane, bevelytų nešti didėjančio nusivylimo žmonėmis, su kuriais jie susiduria, atskleidimo naštą nei patys patirtų nusivylimą – t. y. eiti per pasaulį tarsi nuogiems. Aš paprasčiausiai prieštarauju privatumo koncepcijos sudaiktinimui.

Tęsdami kovą prieš metafizinius vienetus teisėje, Landesas ir aš argumentavome, jog priežastinis ryšys deliktų teisėje nėra būtina kategorija, nes, kaip pasakytų Quine'as, klausimas, ar taikyti atsakomybę už tam tikrą elgesį, priklauso socialiniam kaltės ir bausmės aparatui[39]. Mes siejame savo požiūrį su modernios filosofinės literatūros koncentravimusi į priežastingumą, pagal kurį įvykio priežastis vertinama kaip bet kokia antecedentinė sąlyga, būtina ar pakankama, įgyja didžiausią svarbą sąsajoje su motyvais, dėl kurių priežastingumas yra aprašomas. Chemikas ugnį apibūdins kaip deguonies buvimą atmosferoje; gaisrininkas kaip priešgaisrinių taisyklių nesilaikymą. Taigi deliktų teisėje pirmiausia reikia sužinoti priežastinio ryšio aprašymo tikslą, o tik po to galima atsakyti, kokia priežastingumo reikšmė šioje teisėje. Jei deliktų teisės paskirtis yra skatinti ekonominį efektyvumą, atsakovo poelgis bus laikomas žalos priežastimi, o atsakomybės už žalą nustatymas paskatins efektyvų resursų paskirstymą. Jei ji neskatintų atsakovo suinteresuotumo elgtis kitaip, įvykio

[38] Ką aš mėginu daryti savo knygoje *The Economics of Justice*, 1981, pt. 3.

[39] Žr. Landes ir Posner, op. cit. 13, sk. 8; taip pat Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, sk. 5. Šiuo nenorima paneigti priežastinio ryšio: norima paneigti, kad teisei reikia priežastinio ryšio koncepcijos, apibrėžimo ar doktrinos.

priežastis būtų priskirta „Dievo valiai" ar kokiai nors kitai jėgai, kuriai neįmanoma skirti atsakomybės[40].

Yra stulbinančių pavyzdžių, kad priežastinis ryšys taip pat nebūtinas ir baudžiamojoje teisėje, pavyzdžiui, bausmės už pasikėsinimą ar rengimąsi, kurie nesukelia jokios žalos, tačiau pakankamai patikimai rodo asmens pavojingumą, pagrindžiantį jo izoliavimą nuo visuomenės tam tikram laikui.

Metafizinių vienetų teisėje nuvainikavimas nėra naujas. Praeityje tą darė teisės realistai[41]. Jų mėgstamiausias taikinys buvo korporacija. Korporacija, nebūdama nei daiktas, nei asmuo, o tik sutartinių santykių pavyzdžio vardas, iš tikrųjų turi abejotiną ontologiją. Realistų pamoka nebuvo išmokta. Daugelis teisininkų ir teisėjų vis dar mano, kad galima prasmingai kalbėti apie galingas ar turtingas korporacijas arba apie jų, o ne asmenų, apmokestinimą. Tačiau korporacija nėra nei turtingas natūralus, nei dirbtinis asmuo; ji yra santykių tarp žmonių (akcininkų, darbininkų, klientų, tiekėjų, vadybininkų), iš kurių kai kas turtingas, o kai kas – ne, tinklas. Skirtumas tarp fizinių asmenų pajamų mokesčių ir juridinių asmenų pelno mokesčių yra ne tai, kad pirmuosius moka žmonės, o antruosius – institucijos, o tai, kad skirtingi žmonės, o dažniausiai – ir skirtingais tarifais, moka abu mokesčius. Kai dulkės nusėda, gali pasirodyti, kad kompanijų pelno mokestis veikia kaip regresinis mokestis vartotojams. Realistai pabrėžė kitką: ne korporacijų atsakomybės socialinius kaštus, o korporacijų privilegijų neteisingumą. Tai buvo tik kairioji teisinio realizmo srovė; ji nebuvo organiškai susijusi su skeptiška, antimetafizine, pragmatiška teisės koncepcija.

Bihevriorizmas ir teisminė perspektyva

Dėl mano pagyrų bihevioristiniam požiūriui į teisę gali atrodyti, kad mėginu užimti poziciją, kuri radikaliai nesuderinama ne tik su mano kaip teisėjo profesija, įpareigojančia priimti sprendimus, reikalaujančius protinės veiklos ir laisvos valios pasireiškimo, bet ir su bet kuria įtikinama teismo proceso teorija. Bihevioristinė perspektyva yra daugiau išorinė, o ne vidinė. Kaip ji gali tikti prie teisėjo vidiniu sąmoningumu pagrįstos veiklos?

Nesuderinamumo nėra. Tėvai, ekonomistai, psichologai, vedybų patarėjai ir lygtinai nuteisti pareigūnai – visi turi patirties, kuri leidžia teisingai numatyti kito asmens elgesį, net jei tas asmuo pats nėra apsisprendęs. Tai lyg plačiau aprašyti pavyzdžiai apie žvirblį ar narkomaną. „Galime įsivaizduoti, kad viduje jaučiamės laisvi, tačiau

[40] Landes, Posner, op. cit. 13, p. 229, Gerą tokios rūšies „kontekstinio priežastingumo" nagrinėjimą žr. Charles M. Yablon, *„The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation"*, 6 *Cardozo Law Review*, 1985, p. 917, 925–929; Ernest Nagel, op. cit. 19, p. 582–587; cf. John Borgo, *„Causal Paradigms in Tort Law"*, 8 *Journal of Legal Studies*, 1979, p. 419.

[41] Žr., pavyzdžiui, Felix S. Cohen, *„Transcendental Nonsense and the Functional Approach"*, 35 *Columbia Law Review*, 1935, p. 809.

stebėtojas gali nuspėti mūsų veiksmus iš mūsų motyvų ir charakterių"[42]. Čia slypi neaiškumas. Mes turime tikrąją „laisvę" ta prasme, kad dauguma mūsų veiksmų yra nepriklausomi nuo tokios stiprios prievartos kaip „pinigai arba gyvybė". Tokia laisvė yra Hume'o ir Quine'o laisva valia. Klaidinanti laisvė, apie kurią šneka Hume'as, yra tas kartais pasirinkimo metu atsirandantis pojūtis, jog mes esame nepriklausomi nuo instinktų, kultūros, charakterio ir kitų nekintamų ar santykinai nekintamų savo asmenybės ar aplinkos bruožų apribojimų. Faktiškai šių bruožų sąveika gali, mums to nesuvokiant, nulemti visus mūsų pasirinkimus.

Grįžtant prie mano pavyzdžių, noriu pasakyti ne tai, kad ekspertas arba suaugęs žmogus žino kito asmens turinį geriau už kitus – tai būtų nerelevantiškas ir net galbūt beprasmiškas teiginys, o tai, kad ekspertas ar tėvai turi numatymo metodą, kurio pats asmuo, kurio elgesys spėjamas, arba nevaldo dėl pasirengimo ar patirties stokos, arba negali panaudoti dėl savo vidinių emocijų; lengviau analizuoti kitą asmenį nei save. Ir yra dar kai kas daugiau. Žmonės sistemingai klaidingai pateikia motyvaciją patys sau. Beveik kiekvienas įsivaizduoja, kad jam mažiau rūpi pinigai ir statusas, kad jis mažiau savanaudis, labiau etiškas negu iš tikrųjų yra. Ką Regina pasakė apie Lyrą, tinka visiems: „Jis tik menkai pažino pats save". Teisėjai čia taip pat ne išimtis. Jų įsivaizdavimas apie griežtą vidinę discipliną, užmaršumą, nešališkumą – tokį savęs įsivaizdavimą skatina toliau aptariami psichologiniai faktoriai – negali derėti su realybe. Vidinė perspektyva apie teisėjavimą negali pateikti geriausio paaiškinimo apie tai, ką daro teisėjai. Paprasčiausias biheivioristinis modelis gali turėti stipresnę aiškinamąją galią. Daugelis teisėjų gali būti visiškai nuspėjami, nors nė vienas teisėjas nemano, jog yra nuspėjamas.

Būtina pripažinti, kad pažanga nuspėjant teisėjo balsą ideologiniu, asmeniniu, socialinės klasės, partinės priklausomybės ar kitų kriterijų pagrindu yra ribota, ir ypač tai pasakytina (kaip ir reikėtų tikėtis) apie tas sritis, kuriose teisėjui paliekama daugiausia diskrecijos, t. y. jis mažiausiai varžomas taisyklių, pavyzdžiui, Aukščiausiojo Teismo sprendimuose ir baudžiamuosiuose nuosprendžiuose[43]. Teismai, kitaip nei indi-

[42] David Hume, *A Treatise of Human Nature*, L. A. Selby-Bigge ed. 1988 (Bk. II, pt. 3, §2), p. 408.

[43] Naujausia teisminio biheviorizmo literatūra yra pateikta *Judicial Conflict and Consensus: Behavioral Studies of American Appelate Courts*, Sheldon Goldman and Charles M. Lamb eds., 1986; Robert A. Carp, C. K. Rowland, *Policymaking and Politics in the Federal District Courts*, 1983; Glendon Schubert, *Political Culture and Judicial Behavior*, 1985; Philip E. Tetlock, Jane Bernzweig, Jack L. Gallant, *„Supreme Court Decision Making: Cognitive Style as a Predictor of Ideological Consistency of Voting"*, 48 Journal of Personality and Social Psychology, 1985, p. 1227; Michael J. Saks, Reid Hastie, *„Social Psychology in Court: The Judge"* in *Judgement and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*, Hal R. Arkes and Kenneth R. Hammond eds. 1986, p. 255; Martha A. Myers, *„Social Background and the Sentencing Behavior of Judges"*, 26 Criminology, 1988, p. 649; Anthony Champagne, Stuart Nagel, *„The Psychology of Judging"* in *The Psychology of the Courtroom*, Norbert L. Kerr and Robert M. Bray eds. 1982, p. 257; James L. Gibson, *„Judges' Role Orientations, Attitudes, and Decisions: An Interactive Model"*, 72 American Political Science Review, 1984, p. 911; Harold J. Spaeth, Stuart H. Teger, *„Activism and Restraint: A Cloak for the Justices' Polcy Preferences"*, in *Supreme Court Activism and Restraint*, Stephen C. Halpern, Charles M. Lamb eds., 1982, p. 277; Jeffrey A. Segal, *„Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962–1981"*, 78 American Political

vidualūs teisėjai, yra tikrai nenuspėjami viena reikšminga prasme. Skirtumas atsiranda vėlgi dėl polinkio į šabloną. Jei ginčo šalių numatymas, kaip teismas išspręs jų bylą, sutampa, šalys greičiausiai susitars be teisminio ginčo. Teisme ginčijamų bylų šablonas nustatomas pagal tuos ginčus, kurių sprendimas teisme yra sunkiai nuspėjamas, net jei dauguma teisėjų yra puikiai prognozuojami. Pavyzdžiui, jei septynių teisėjų kolegijoje trys visuomet laikysis stereotipinės „konservatyvios" linijos, o kiti trys – stereotipinės „liberalios" linijos, likusio vieno teisėjo nenuspėjamumas lems viso teismo nenuspėjamumą. Tam, kad teismai taptų nenuspėjamais, pakanka, kad dalyje bylų būtų dalis nenuspėjamų teisėjų. Gali atrodyti, jog tai reiškia, kad nenuspėjamumo problema ne tokia aštri tame teismų lygyje, kuriame bylas nagrinėja vienas teisėjas (tik nedidelė dalis bylų yra išimtis), o ne kolegija. Tačiau prisiekusiųjų teisme yra daug teisėjų. Be to, ginčo baigties nenuspėjamumą gali sukelti apeliacijos galimybė, net jei bylą nagrinėja ne kolegija ir teisėjas yra prognozuojamas. Vienasmeniškai bylą nagrinėjantiems teisėjams taip pat yra suteikta daug atvirai diskrečių galių, pavyzdžiui, nustatyti datas, pripažinti įrodymus ir pan.

Aš neneigiu, kad teisėjai vykdo laisvą valią, pasirinkdami sąmoningus, o ne suklaidinimo ar dezorientacijos padiktuotus sprendimus. Tačiau aš neigiu, kad teisėjų savistaba ir *a fortiori* teisėjų prisipažinimai apie teismų sprendimų priėmimo prigimtį yra geri teismų veikimo paaiškinimai. Klaidinga vertinti teisėjus pagal jų išorinį apibūdinimą, t. y. kaip įsipareigojusius nuolatos ieškoti „vienintelio" teisingo atsakymo, o ne kaip vykdančius savo nuožiūra temperamento ir gyvenimo patirties, o kaip apgalvotos ir pasirinktos teisminės filosofijos apibrėžtų asmeninių vertybių ir preferencijų įtakoje[44]. Paauglys gali nuoširdžiai manyti, kad jis renkasi koledžus, tačiau jo tėvai žino, jog tie koledžai yra iš anksto nulemti dėl paaugliui nežinomų faktorių. Suaugusieji taip pat save apgaudinėja. Reikėtų nepasitikėti ne tik pačių teisėjų kuriamais savitiksliais teisminės sąmonės apibūdinimais, tačiau taip pat ir apibrėžimais, pateikiamais akademikų. Pastarieji, kai nesistengia advokatauti galingai teismų sistemai[45] arba neišvedinėja teisminės sąmonės iš teismų sprendimų retorikos – tai iliustruoja žinių apie kitus protus gavimo sudėtingumą – primeta akademinę viziją, ką reiškia būti teisėju, žmonėms, kurie paprastai stokoja žinių, temperamento, skonio ir akademinių sugebėjimų.

Science Review, 1984, p. 891; S. Sidney Ulmer, „*Social Background as an Indicator to the Votes of Supreme Court Justices in Criminal Cases: 1947–1956 Terms*", 17 American Journal of Political Science, 1973, p. 622; Vladimir J. Konecni and Ebbe B. Ebbesen, „*The Mythology of Legal Decision Making*", 7 International Journal of Law and Psychiatry, 1984, p. 5. Savanaudiškai pažymėsiu, nes, kaip ir dauguma teisėjų, jaučiu „ištikimo agento" koncepcijos trauką, kad šių studijų viena iš implikacijų yra tai, jog tarpiniai apeliaciniai teisėjai yra labiau disciplinuoti ir santūrūs už pirmos instancijos ir aukščiausiųjų teismų teisėjus, nes jiems suteikta mažiausiai diskrečios galios.

44 Apie empirinius įrodymus, kad teisėjų sprendimų pagrindimas dažnai yra psichologinių faktorių, kurių jie nesuvokia, nulemta veiksmų racionalizacija, žr. Fitzmaurice and Pease, op. cit. 17, sk. 3.

45 Tai yra teisininkų valdymo. Labiausiai naudingas dalykas po valdymo yra būti valdomam tokių pačių žmonių kaip tu; todėl visiškai natūralu, kad, net nekreipdami dėmesio į finansines paskatas, tiek daug akademinių ir kitų teisininkų pasisako už teismų sistemos didinimą kitų vyriausybės šakų sąskaita.

Štai tipinė gero jurisprudencijos studento įvertinimas: „Ką teisėjai sako ir rašo, siekdami pateisinti savo sprendimus, daugiau panašu į bandymą parodyti, kad tie sprendimai yra padiktuoti autoritetingų teisės standartų; turint omenyje, jog teisėjai gali taip pat sėkmingai sekti jurisprudencines diskusijas kaip ir bet kas kitas, atrodo, kad, jei dominuojantis požiūris apie teisėjus kaip įstatymų rengėjus yra teisingas, tuomet jie yra arba kvaili ir nežinantys slypinčių jurisprudencijos klausimų, arba jie veidmainiai. Nė viena iš šių išvadų nėra patraukli"[46]. Galbūt ne nepatraukli, bet neįrodoma? Teisėjai nelabai nutuokia jurisprudencijos prieštaravimuose, ne visuomet yra protingi ir apsaugoti nuo veidmainystės (jei tai tinkamas žodis) formos, kuri pasireiškia viešojo veido nesuderinamumu su vidiniais pojūčiais.

Iš tiesų daug kas, ką teisėjai kalba apie savo darbą viešai ar darydami pareiškimus, turi tokio paties melo bruožų, kuris būdingas kitoms politinėms kalboms. Lygiai kaip išrinkti pareigūnai mano, kad jų efektyvumas priklauso nuo visuomenės įsitikinimo, jog jie tarnauja visuomeniniams, o ne asmeniniams ar stipriausių grupių interesams, taip ir teisėjai tiki be įrodymų (iš tikrųjų – esant visuomenės nesupratimo apie teismus įrodymams, ką aptarėme 4 skyriuje), kad teismų efektyvumas priklauso nuo to, ar visuomenė mano, jog teisėjai yra įstatymų naudotojai, o ne įstatymų rengėjai. Nors kartais teisėjai šiek tiek pakelia skraistę, ką ir aš darau šiame skyriuje, jie retai būna atviri visuomenei ir net patys sau apie duobėtąją teismo proceso pusę. Ši pusė apima neprincipingus kompromisus ir smulkmenišką pavydą bei konkurenciją, kuri lydi kolegialių sprendimų priėmimą[47], vangumą ir tingumą, atsirandantį dėl kadencijos iki gyvos galvos, ambicijų kitoms ar aukštesnėms pareigoms (teisminėms ar kitokioms) žybtelėjimus, nuobodulį ir nuovargį dėl sudėtingų bylų krū-

[46] Rolf Sartorius, *„Social Policy and Judicial Legislation"*, 8 American Philosophical Quarterly, 1971, p. 151, 158.

[47] Sakoma, kad Holmesas yra apibūdinęs Aukščiausiojo Teismo teisėjus kaip „devynis skorpionus butelyje". Alternatyvi metafora yra tėvų suplanuotos vedybos sistemoje, kuri nenumato skyrybų. Teisėjai nepasirenka savo kolegų; daugelis kolegų dirba iki pensijos; o teisėjus skiriantys organai skyrimo metu kreipia mažai dėmesio į kolegialių sprendimų priėmimo interesus. Minėdamas kolegialumo problemas aš turiu omenyje apeliacinius, o ne pirmosios instancijos teismus, nes pirmojoje instancijoje kolegija būna labai retai. Vieno žinomo nesutarimo tarp kolegų apeliaciniame teisme ryškų apibūdinimą žr. Melvin I. Urofsky, *„Conflict among the Brethren: Felix Frankfurter, William O. Douglas, and the Clash of Personalities and Philosphies on the United States Supreme Court"*, Duke Law Journal, p. 71, 1988.

Apie teisėjavimo psichologiją žr. Andrew S. Watson, *„Some Psychological Aspects of the Trial Judge's Decision-Making"*, 39 Mercer Law Review, p. 937, 1988. Pastangos susieti teismų sprendimus su teisėjo psichologiniu charakteriu dažniausiai sužlugdavo. Apie tokias pastangas, kurių pradininkas, galima sakyti, yra Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930 – knyga, kuri teisinį formalizmą priskiria autoritarinei asmenybei ir rekomenduoja teisėjams atlikti psichoanalizę – žr. Champagne and Nagel, op. cit. 42, p. 262–264; Leon Shaskolsky Sheleff, *„The Illusions of Law – Psychoanalysis and Jurisprudence in Historical Perspective"*, 9 International Journal of Law and Psychiatry, 1986, p. 143. Tačiau Tetlock, Bernzweig, and Gallant, op. cit. 42, studija pagaliau pateikia įtikinamus įrodymus, kad asmenybė sistemingai daro įtaką teismų sprendimų priėmimui. Be to, yra pakankamai daug sugestyvių įrodymų dėl lyderio sugebėjimų, asmenybės ir socializacijos svarbos tyrimuose, kurie surinkti *Judicial Conflict and Consensus: Behavioral Studies of American Appelate Courts*, op. cit. 42; apibendrinimo apibendrinimą žr. *„Epilogue"*, idem, p. 275–291.

vio per ilgus metus, plintantį Amerikos teisėjų pasitikėjimą autoriais, rašančiais kitų vardu (daugumą teismo pozicijų šiais laikais rašo teismo sekretoriai), izoliaciją nuo normalių žmogiškųjų rūpesčių dėl pasaulio matymo per teisės „dirbtinio proto" prizmę ir sąmoningą ar nesąmoningą norą suformuoti teisę pagal savo asmenines vertybes[48]. Štai tokie yra teisėjavimo pavojai, kažkiek panašūs į biurokratijos. Ne visi teisėjai jiems pasiduoda; niekas nesuklumpa ties visais iš jų (bent jau tuo pat metu) ir ne tik dėl to, kad kai kurios pagundos yra tarpusavyje nesuderinamos. Tačiau būtų klaidinga pasitikėti olimpiniais teisėjų apibūdinimais, kuriuos piešia patys teisėjai, mokslininkai ar kiti teisininkai, kurie tiki galingais teismais ir nori, kad tokia koncepcija patiktų visuomenei. Iš fakto, jog teisėjai ir jų gynėjai nuolatos neigia, kad jie savo įgaliojimus vykdo arba (kitais žodžiais) elgiasi kaip ir kiti tarnautojai, nereikia daryti išvados apie teisėjų ypatingą specifiškumą.

Šią išvadą sustiprina keletas papildomų pastebėjimų. Pirma, teisėjas gali jaustis suvaržytas – daugiau vadovaujamas nei vadovaujantis, tačiau pastarasis jausmas gali atsirasti dėl savivaržos ir *stare decisis* principų, kuriuos (1) teisėjai pasirenka (2) dėl abejotinų pagrindų. Šiuos du faktus teisėjai dažnai pamiršta. Antra, kadangi politika ir etiniai samprotavimai mūsų teisės kultūroje yra leidžiami teismo sprendimo elementai, teisėjui gali trūkti aiškaus pojūčio, kur baigiasi teisinis mąstymas ir prasideda politinis sprendimas arba socialinė vizija (esminiai įrankiai neapibrėžtoms bylos spręsti). Iš tiesų teisėjai yra linkę nejausti ribos tarp grynai teisminės nuojautos ir aiškaus teisės teiginio.

Trečia, nei teisėjavimo sąlygos, nei teisėjų atrankos, įskaitant savęs atranką, metodai neleidžia tikėtis gilios savistabos ir moralinės įžvalgos, kurią teisėjams paprastai suteikia akademinė literatūra. Būti teisėju, kaip ir būti kariniu vadovu, yra „visumos" darbas. Jam gerai atlikti reikia savybių derinio, iš kurių mąslus intelektas yra tik viena savybė, o moralinė įžvalga – kita. Niekas nemano, kad vidutinis teisėjas arba karo vadas yra tiek pat intelektualiai pajėgus kaip asmuo, vykdantis lygiagrečią veiklą vien intelektualiu lygiu, pavyzdžiui, teisės arba karo mokslų tyrinėtojas, net jei teisėjų atranka šioje šalyje būtų nepolitinė. Taip pat nereikėtų pamiršti ir teisėjo mąstymą siaurinančio efekto, kurį sukelia sprendimų skaitymas visą profesinį gyvenimą.

Pagrindinė teisėjo veikla yra daugybės vienas po kito einančių sprendimų priėmimas, apie kurių pagrįstumą ir pasekmes teisėjas informacijos nebegauna. Žmonės, kurie prastai jaučiasi tokiame vaidmenyje, turbūt yra patys savistabiausi, jautriausi ir skrupulingiausi, tačiau jie netampa ar nelieka teisėjais arba būna nelaimingi teisėjai. Gerai besijaučiantis teisėjas priima geriausią jam prieinamą sprendimą ir nebeatsig-

[48] Šiam norui visgi kliudo bylų patekimo teisėjams atsitiktinumas ir bylų įvairovė. Todėl teisėjams yra sunku susidaryti viešosios elgsenos keitimo darbotvarkę. Tačiau diskreti jurisdikcija, kaip, pavyzdžiui, Aukščiausiojo Teismo, palengvina tokios darbotvarkės sudarymą. Specializuotiems teismams taip pat lengviau nei bendriesiems imtis specifinės elgsenos pakeitimų. Kita vertus, specializuotų žinių turintis teisėjas bendrajame teisme gali bauginti kolegas, kas yra neįmanoma specializuotajame. Valstijų aukščiausiųjų teismų praktikoje ši tendencija kontroliuojama rotuojant individualius teisėjus, dėl ko jiems yra sunku tapti (ar likti) kurios nors vienos srities specialistais.

rėžia atgal[49]. Neturėdamas galimybės atidėlioti sprendimo tol, kol įsitikins įrodymų objektyvumu ir sprendimo teisingumu, jis nebenori skęsti abejonėse ir gailisi teisės studento, kuris po egzamino nori perlaikyti jį savo galvoje. Peirce'o pragmatizmo pradinis taškas yra idėja, kad žmonės nemėgsta abejoti ir padarys viską, kas reikalinga, kad nuo abejonės pereitų prie įsitikinimo. Tai galioja taip pat ir teisėjams[50].

Artimai susijęs yra tas pastebėjimas, kad, kadangi niekas nenori prisipažinti daręs klaidų, teisėjavimo psichologiją charakterizuoja įsitikinimas dėl beveik nuolatinio (kai kuriems teisėjams atrodo – nuolatinio) neklystamumo. Šis pastebėjimas iliustruoja pažinimo disharmonijos teoriją, kuria remiantis žmonės (ir stručiai) stengsis padaryti beveik viską, kad atsipalaiduotų nuo psichinio streso, kurį sukelia jų giliausių įsitikinimų, prognozių bei siekių ir realybės neatitikimas[51]. Dauguma būdų, kaip išvengti ar išspręsti pažinimo disharmoniją (iš kurių dažniausiai pasitaiko paprasčiausias erzinančios realybės neigimas), yra „neracionalūs", todėl jais pasinaudojantiems asmenims tenka už tai sumokėti. Tačiau tai negalioja teisėjams. Nėra bausmės už teismo nusiraminimą, už Holmeso teiginio, kad „įsitikinimas nėra tikrumo testas"[52], ignoravimą. Kaip ir kiti žmonės, teisėjai nori išsklaidyti atsakomybę už nepopuliarius, prieštaringus ar paprasčiausiai rimtas pasekmes sukėlusius veiksmus. (Tai taip pat susiję su noru efektyviai išnaudoti valdžią.) Teisėjai tą daro įtikindami save ir kitus, kad jų sprendimai yra padiktuoti įstatymo, o ne atsiradę kaip pasirinkimo rezultatas. Klaidingas suvaržymų pojūtis yra analogiškas klaidingam laisvės pojūčiui, kurį minėjo Hume'as.

Jei realistiškai pažvelgsime į teisėjus, tikrai liausimės rimtai vertinti teiginius, kurie Aukščiausiojo Teismo teisėjams siūlo jaustis kaip pasaulietiniams Senojo Testamento pranašų kolegoms ir elgtis atitinkamai[53]. Tačiau tiek, kiek teisėjai nėra varžomi pozityviosios teisės, jiems kartais bus užkraunamas moralinių lyderių vaidmuo, kurį galima atlikti gerai (kaip teisėjas Jacksonas *Barnette* byloje) arba blogai. Šiuo pastebėjimu nenoriu pasakyti, kad netgi tokiais atvejais teisėjai yra „laisvi" kraštutine šio žodžio prasme – tai prieštarautų visam šio skyriaus tikslui. Sutinku, teisėjai yra suvaržyti, tačiau ne taisyklių, o savo genų ir auklėjimo, temperamento, baimių ir ambici-

[49] Apie reikšmingą išimtį žr. David Pannick, *Judges*, p. 2, 1987, jis aprašo, kaip teisėjas testamentu paliko pinigų atsakovui, iš kurio, jo įsitikinimu, buvo neteisingai priteisęs.

[50] Žr. *„The Fixation of Belief"*, in *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Charles Hartshorne and Paul Weiss eds., 1934, p. 223, 231–233. Taip pat žr. Williamo Jameso esė *„The Sentiment of Rationality"* in *William James: The Essential Writings*, Bruce W. Wilshire ed., 1984, p. 25, 32.

[51] Žr., pavyzdžiui, Elliot Aronson, *„The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspective"*, in *Cognitive Theories in Social Psychology*, Leonard Berkowitz ed. 1978, p. 181; George A. Akerlof and William T. Dickens, *„The Economic Consequences of Cognitive Dissonance"*, 72 American Economic Review, 1982, p. 307, 308–310.

[52] *„Natural Law"*, 32 Harward Law Review, 1918, p. 40, 311.

[53] Žr. Michael J. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, 1982, p. 97–110. Noriu užsiminti, kad šis teiginys gali neteisingai vertinti pranašų socialinį vaidmenį. Jie buvo socialiniai kritikai – žr. Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, 1987, sk. 3 – tai būtų keistas vaidmuo galingiausiems teismų pareigūnams visuomenėje.

jų. Sprendimą laikytis taisyklės nulemia ne pati taisyklė, o jos nesilaikymo pasekmės. Teisėjai nesijaučia iš tikrųjų suvaržyti visą laiką. Jie jaučia laisvės ir suvaržymų mišinį, kurio proporcijos kinta atsižvelgiant į teismo pobūdį ir lygį, konkretaus sprendimo pobūdį, bylos pobūdį ir teisėjo temperamentą.

Apskritai teisėjai sprendžia bylas su didesniu pasitikėjimu nei teismų sprendimų realijos suteikia galimybes, o kalba ir rašo su didesniu pasitikėjimu nei jaučia. Nepanašu, kad ši situacija keistųsi nepadarius gilių ir nebūtinai pageidaujamų pakeitimų politinėje sistemoje. Pastarąjį bruožą pabrėžiau tam, kad būtų aišku, jog, siekdamas „natūralistinio" teisėjo paveikslo, aš nepuolu kritikuoti. Aš aprašinėju teisėjavimo sąlygas, kurios neleidžia patikėti, kad teisėjai gali priimti objektyvius sprendimus sunkiose bylose, jeigu „objektyvus" reiškia daugiau nei išsikapanojimą žmonių labui skirtoje veikloje.

Kaip visuomet labai svarbu yra nepersistengti ir nepamiršti tų elementų, kurie neleidžia teismo procesui iškrypti iš vėžių į visišką subjektyvumą arba „gryną politiką". Pabrėždamas atotrūkį tarp to, ką teisėjai daro, ir to, kaip jie apie tai šneka, aš pats pavojingai priartėjau prie klaidos, kuri pagal savo pobūdį pati būtų mentalinė, apribotų žinojimą tik sąmoningu žinojimu. Teisėjas, kurio sąmoningos mintys yra banalios, vis tiek gali tapti puikiu teisėju kaip ir geriausias biliardo žaidėjas nebūtinai privalo mokėti Newtono judėjimo dėsnius. Tačiau šis palyginimas nėra tikslus. Mes sužinome, kad žaidėjas yra geras, stebėdami jo žaidimą su kitais žaidėjais ir jo pergales; mūsų tikslas nėra teismų darbo vertinimo metodo sukūrimas.

Su tuo siejasi pastebėjimas apie skirtumą tarp vidinės ir išorinės darbo perspektyvos. Vidinėje perspektyvoje dauguma darbų – privačių ar valstybinių, žavingų ar kasdienių, pavojingų ar saugių, galingų ar silpnų – yra praktiškai vienodi. Juose darbuotojas sąmonės lygyje rūpinasi daugiausia kasdieniais įvykiais (pajamomis, mokesčiais, jautriais bendradarbiais ir pavaldiniais, varginančiais tiekėjais ir klientais ir pan.), kurie yra bendri visiems darbams[54]. Šiuo atžvilgiu aiškumo prideda didžiųjų rašytojų ir menininkų laiškai bei dienoraščiai. Faktas, kad asmens sąmoningi rūpesčiai yra menki, nereiškia, kad asmuo ir jo darbai yra menki.

Taip pat turime būti atsargūs, kad nesupainiotume priežasties ir pateisinimo. Iškilų mokslininką skatinantys motyvai gali būti pavydas, godumas ar šlovės troškimas. Tačiau jie nepaneigia mokslininko atradimų vertės. Iš principo tas pats pasakytina ir apie teisę. Kadangi pagrįstai negalime pasitikėti savo sugebėjimu patikrinti teismo sprendimo teisingumo, imame rūpintis, kad kandidatai į teisėjus turėtų teisingam teisėjavimui reikalingas moralines ir temperamento savybes. Tačiau mes nesame tikri, kokios tos savybės turėtų būti. Be to, jas sunku patikrinti. O paskirtam teisėjui dar tenka patirti ir psichologinių įtakų, kurios daugiau ar mažiau paveikia visų asmenų siekimą teismo vaidmens, kas jau buvo minėta anksčiau.

Pagaliau būtina išsiaiškinti profesinių normų ir kritikos įtaką. Įsitikinimas, kad teisėjai yra suvaržyti teisės, kad jie siekia teisės, o ne galios, yra giliai įsišaknijusi teisi-

[54] Atkreipkite dėmesį, kad aš atvirkščiai panaudoju įprastą argumentą, jog teisėjo elgesio numatymo teorija (apie kurią žr. 7 skyriuje) ar kitoks bihevioristinis paaiškinimas neatitinka teisėjo vidinės perspektyvos tikrovės. Tik keli žmonės, rašantys apie šią perspektyvą, yra buvę teisėjai.

nės kultūros savybė. Todėl lūkestis, kad teisėjai elgsis pagal šį įsitikinimą, pateisina save. Nepaisantis tokių lūkesčių teisėjas tikriausiai jausis nepatogiai ir sulauks profesinės kritikos, kuri dar sustiprins nepatogumo jausmą (nors teisėjų sugebėjimas nusikratyti kritikos kaip pagrįstos politiniais motyvais, pavydu, nesupratimu ar neįmanomais dalykais neturėtų būti nuvertinamas. Galbūt tai per menkas atpildas? Tačiau čia svarbus yra teismų nepriklausomumo institutas, kuris paradoksaliai gali turėti efektyvesnį teisėjų suvaržymo poveikį nei priklausomumas nuo įstatymų leidybos ar vykdomosios valdžios geros valios. Panaikindamas pačias stipriausias paskatas veikti, teismų nepriklausomumas iškelia į pirmą vietą tas paskatas, kurios kitais atvejais turėtų mažai įtakos. Žinoma, abejojantieji laisva valia stengsis įvertinti teismų nepriklausomumo ar akademinės tarnybos institutus kaip pakeičiančius, bet neeliminuojančius paskatas. Laikantis nuoseklumo šio skyriaus analizėje, atrodo, kad tokių institutų kūrėjai veikė pagal visiškai biheivioristinę teismo proceso koncepciją.

Aš įtariu, kad noras pačiam jaustis patogiai ir išvengti akademinės kritikos yra stiprūs motyvai tik tuomet, kai pinigai nėra svarbus faktorius. Tokioje situacijoje yra atsidūrę teisėjai, tačiau ne vieninteliai. Esame pastebėję, kad žmonės, atrodo, elgiasi moraliai tose situacijose, kuriose toks elgesys nereikalauja didelių sąnaudų, tačiau ima reaguoti į paskatas, kai sąnaudos tampa didelės. Todėl vienas iš būdų paskatinti moralų elgesį yra sumažinti jo reikalaujamas sąnaudas. Tą teisės srityje mėgina atlikti teismų sprendimų nepriklausomumas nuo teisėjų paskatų.

Kitas paradoksas yra tas, kad politinių paskyrimų sistemoje teisėjai gali būti mažiau politiški nei valstybės tarnybos teismų sistemoje, kokia egzistuoja kontinente. Teisėjai, kurie paskiriami dėl draugystės su įstatymų leidėjais ar kitais politikais, dėl suteiktų politinių paslaugų arba dėl savo politinės įtakos, turi daugiau galios apsisaugoti nuo politinio kišimosi į teismų veiklą nei įprastiniai valstybės tarnautojai. Mūsų federaliniuose teismuose (1) politinio teisėjų skyrimo (2) iki gyvos galvos kombinacija maksimalizuoja šių teismų nepriklausomumą ir sykiu jų gebėjimą veikti kaip laisvės tvirtovei, nors to paties negalima pasakyti apie jų „profesinę" kokybę, darbines savybes. Šiame pavyzdyje matome, kaip negražiai susiduria teisė su politika.

Teismų nepriklausomumas tiek su politiniais paskyrimų kriterijais, tiek be jų turi ir neigiamą aspektą. Teisėjų pagundų ir ambicijų kruopštus apribojimas sumažina teisėjų siekį ieškoti teisybės; kadencija veikia kaip raminamieji. Valdžios ir šlovės džiaugsmai taip pat yra faktoriai šioje pusiausvyroje; kuo įvairesnė tampa teisės kultūra, tuo didėja galimybė, kad praktiškai bet kokia teismo pareigybė sulauks prestižo, net jei tai nedėsninga. Teisės kultūros suskaldymas panaikino teismų sąmoningumo patikrinimo galimybę. Tačiau tai nebūtinai yra argumentas prieš tokį suskaldymą ar įvairovę. Nors kuo bendresnė yra teisinė kultūra, kuo teisėjų mąstymas yra vienodesnis, tuo lengviau nustatyti sprendimo prielaidas ir dėl to identifikuoti bei kritikuoti klaidingus sprendimus, tačiau vienodai mąstančių sutarimas nėra stiprus teisybės garantas. Dilema yra fundamentali. Atrodo, kad teisės objektyvumas gali būti nupirktas vienodumu, kuris gali pražudyti intelekto tyrimą. Tačiau teismų įvairovė skaudžiai atskleidžia teisės metodologijos sudėtingiems klausimams spręsti silpnumus.

6 SKYRIUS

Ar yra teisingų atsakymų į teisinius klausimus?

Teisiniai klausimai

Ronaldas Dworkinas metė iššūkį teisiniam skepticizmui teigdamas, kad yra teisingų atsakymų net į pačius sudėtingiausius ir prieštaringiausius teisinius klausimus. Gerai žinomoje esė jis klausia, ar išliekantis nesutarimas dėl sudėtingų bylų teisingo sprendimo reiškia, kad nėra teisingų atsakymų į tokių bylų iškeltus klausimus, ir atsako: „ne"[1]. Ginčas, ar Ričardas III įsakė nužudyti mažąsias princeses, tęsiasi. Kaip bebūtų, jis arba įsakė, arba ne[2], todėl teisingas atsakymas egzistuoja nepaisant visų ginčų ir mes jį surastume, jei žinotume daugiau faktų; tas pats taikytina ir teisei (p. 120)[3].

Tačiau „teisė" neturi to paties ontologinio statuso kaip Ričardas III ir mažosios princesės. Ką tiksliai reiškia turėti žinių apie istorinę praeitį, yra geras filosofinis klausimas, tačiau nėra jokios pagrįstos abejonės, kad Ričardas III ir mažosios princesės buvo realūs žmonės ir kad princeses galėjo kažkas nužudyti. Nuo to, kad klausimas „kas?" yra klausimas apie praeitį, jis nėra neatsakomas, taip kaip ir evoliucijos teorija nėra nemokslinė dėl to, kad ji yra teorija apie praeitį. Tačiau, jei mes iškelsime klausimą, ar 14-oji pataisa draudžia rasinę segregaciją valstybinėse mokyklose, tai nebus klausimas apie, arba vien apie, istorinius įvykius. Taip klausti galėtume tuomet, jei manytume, kad vienintelis pagrindas teigiamam atsakymui būtų tai, jog 14-osios patai-

[1] Ronald Dworkin, *„Is There Really No Right Answer in Hard Cases?"* in Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, p. 119. Toliau puslapių nuorodos pateikiamos tekste.

[2] Iš tikrųjų ne visiškai taip; gali būti tarpinių variantų, pavyzdžiui, kurstymas, pritarimas ar dovanojimas. Taip pat egzistuoja galimybė, kad mažosios princesės mirė natūralia mirtimi ar dėl nelaimingo atsitikimo, o ne buvo nužudytos pagal įsakymą (kuris buvo duotas arba ne). Štai geresnis klausimo, į kurį yra teisingas atsakymas (jei „žolės stiebeliai" ir „ribos" yra tikslūs pavadinimai), pavyzdys, kuris vargu ar kada nors bus atsakytas: „Yra teisinga arba klaidinga, kad Pradžios Dienos pabaigoje Harvardo kiemelyje buvo nelyginis žolės stiebelių skaičius. 1903." *„What Price Bivalence?"* in W. V. Quine, *Theories and Things*, 1981, p 31, 32. Aš jau kėliau klausimą (žr. 4 skyrių), ar dvivalentiškumas yra sprendimų sunkiose bylose savybė.

[3] Argumentas pateikiamas tarp kitko ir aš gal per daug jį akcentuoju, ypač kad Dworkinas vėliau atšaukė straipsnio *„Right Answer"* metafizines implikacijas, nors ne patį teisingo atsakymo teiginį. Žr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. viii–ix. Papildomai apie teiginio kritiką žr. Jacob Paul Janzen, *„Some Formal Aspects of Ronald Dworkin's Right Answer Thesis"*, 11 Manitoba Law Journal, 1981, p. 191; Michael S. Moore, *„Metaphysics, Epistemology, and Legal Theory"*, 60 Southern California Law Review, 1987, p. 453; Kent Greenawalt, *„Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges"*, 75 Columbia Law Review, 1975, p. 359.

sos rengėjai ir tvirtintojai turėjo omenyje įsakyti teismams uždrausti rasinę segregaciją valstybinėse mokyklose. Klausimas, ar jie išleido tokį įsakymą, atitiktų klausimą, ar Ričardas III įsakė nužudyti mažąsias princeses. Tačiau ne Dworkino konstitucinės interpretacijos teorijai turėtume užduoti klausimą, ar ginčijamą teismų praktiką rengėjai sąmoningai turėjo omenyje. Jis nori, kad teismai įvertintų nuostatos pobūdžio bendrumo lygį, ją palaikančias vertybes, rengėjų nenumatytą įvykių eigą ir ją interpretavusius teismų sprendimus. „Teisės" nustatymas Dworkinui, kaip ir daugeliui kitų teisės mąstytojų, nėra paprasčiausias klausimas, ar teisės kūrėjai kažkada seniai išleido įsakymą šiuolaikiniams teisėjams daryti viena ar kita. Teisė nėra tos pačios rūšies organizmas kaip Ričardo III valdymo epochos įvykiai. (Galbūt ji nėra jokios rūšies organizmas, kaip matysime vėliau.) Netgi klausimas, „ar teisybė", kad 14-oji pataisa reiškia viena ar kita, skamba keistai.

Aš neteigiu, kad prieštaringumas yra neapibrėžtumo įrodymas *per se*. Dažnai jis yra sprendimo stimulas ir pranašas – tokia yra pagrindinė pragmatizmo įžvalga. Bet šis pastebėjimas suteikia mažai komforto, kai atskiriame apibrėžtumą iš principo ir apibrėžtumą praktikoje. Net jei egzistuoja teisingas atsakymas į klausimą apie Ričardą III ir mažąsias princeses, jei jis yra neprieinamas, tai tas pat lyg nebūtų jokio teisingo atsakymo, arba lyg (kaip teigtų pragmatikai) klausimas būtų beprasmis. Teisėje situacija dar blogesnė. Galime kantriai ir amžinai laukti, kol istorikai nustatys tiesą apie Ričardą; tačiau teisinis ginčas turi būti išspręstas tuomet, kai jis kyla, ir sprendimas gali sukelti pasitikėjimą, kuris užkerta kelią pernagrinėti ginčą, kai galiausiai atrandamas „teisingas atsakymas".

Dworkinas greitai meta Ričardo III pavyzdį ir imasi kitų dviejų kelių. Pirmajame tvirtinama, kad teisinis klausimas nėra neapibrėžtas tol, kol nė vienas stebėtojas neapibūdina jo kaip „lygiųjų" (p. 144). Ši metafora trukdo suprasti. Sudėtingose bylose neįmanoma „pasverti" argumentų, todėl pernelyg drąsu teigti, kad jie sudaro pusiausvyrą. Visgi ginčas, kurio metu neįmanoma nustatyti, kurios pusės argumentai stipresni, yra neapibrėžtas[4]. Antrajame, kuris yra daug ilgesnis, Dworkinas teigia, kad teisės teisingumas yra panašus į literatūrinės interpretacijos teisingumą (p. 138–143). Literatūrinės interpretacijos sėkmė priklauso nuo to, kiek ji atsižvelgia į atitinkamus duomenis – įvykius, kalbą ir kitus kūrinio aspektus. Dworkinas teigia, jog taip pat ir teisinės interpretacijos sėkmė priklauso nuo to, kiek joje atsižvelgiama į etinius ir politinius aspektus, veikiančius teismų sprendimų priėmimą. Tuomet abiejose srityse – ir literatūroje, ir teisėje – yra teisingų ir klaidingų atsakymų. Tačiau šis argumentas neatsižvelgia į faktą, kad, nepaisant mokslinės „tikimo" tyrimo formos – interpretacija yra pateikiama kaip hipotezė ir jos teisingumas ar klaidingumas nustatomas pagal teksto duomenų aiškinimo sėkmę – literatūrinė interpretacija nėra patikrinama tikslaus tyrimo metodais, nes duomenys nėra veikiami eksperimentinio, statistinio ar kitokio tikslinio stebėjimo. Taip pat nepaveikiama ir teisinė interpretacija, todėl 3 skyriuje nurodžiau ją kaip praktinio proto problemą.

[4] Žr. John Mackie, „*The Third Theory of Law*", in Mackie, *Persons and Values: Selected Papers*, Joan Mackie and Penelope Mackie eds., 1985, t. 2, p. 132, 137–138.

Literatūros pavyzdys yra ypač netinkamas dėl specifinės išgalvotų personažų ontologijos. Aiškindamiesi, ar Ričardas III įsakė nužudyti mažąsias princeses, mes galime pasinaudoti savo įprastu supratimu, kaip žmonės reaguoja į įvairius stimulus, taip pat savo žiniomis apie Anglijos politinę istoriją. Tačiau joks literatūrinės kūrybos dėsnis nereikalauja, kad išgalvoti personažai elgtųsi „realistiškai" arba jų gyvenimo istorijos būtų nuoseklios[5]. Pasinaudosiu Wittgensteino pavyzdžiu: jei paveiksle nupieštas arbatinukas su iš kakliuko virstančiais garais, ar tai reiškia, kad nupieštame arbatinuke yra verdančio vandens?

Prisiminkite žymųjį klausimą, ar Makbetai Shakespeare'o pjesėje turi vaikų?[6] Yra įvairių neaiškių užuominų, tačiau nėra jokių tiesioginių įrodymų. Makbeto įkyrus susirūpinimas dinastijos paieška yra nesuprantamas, nebent jis su žmona turėtų arba planuotų turėti vaikų. Tačiau jei jie turi vaikų, tai yra toks svarbus faktas, kad apie jį privalo būti diskutuojama tragedijoje. O tam, kad planuotų šeimos pagausėjimą, jie neatrodo pakankamai jauni. Kaip bebūtų, beveik neįmanoma įsivaizduoti Makbetų kaip esamų ar būsimų tėvų. Todėl, viena, jie privalėtų turėti vaikų, tačiau, antra, jie tų vaikų neturėtų turėti. Istorijoje tokio paaiškinimo nepakaktų, tačiau nesukelia jokio nerimo Makbeto publikai, kuriai logikos, psichologinio realizmo ir istorijos taisyklės yra įdomiai pakabinamos nežinioje. Tokia neatsakinga ontologija netiktų teisėje.

Jei nėra akivaizdžiai teisingo atsakymo, ar tai taip pat reiškia, kad nėra ir akivaizdžiai neteisingo? Taip, jeigu egzistuoja tik du galimi atsakymai (taip ir ne). Jei nėra nei akivaizdžiai teisingo, nei akivaizdžiai klaidingo atsakymo, ar tai reiškia, kad nėra jokio atsakymo, kurio verta ieškoti? Nebūtinai. Tarp posakių „kopūstai yra neskanu", „aš nemanau, kad Ričardas III nužudė mažąsias princeses" arba „aš nemanau, kad publika turėtų gavoti, jog Makbetai yra bevaikiai", arba „aš nemanau, kad nuostata dėl teisingo teismo proceso draudžia rasinę segregaciją Kolumbijos apygardos viešosiose mokyklose" yra tam tikras skirtumas. Pastariesiems trims teiginiams galima ir net būtina pateikti argumentų, tačiau ne pirmajam. Skirtumas galbūt atspindi įsitikinimą, kad šių dalykų apmąstymas verčia judėti į priekį. Nors tai nebūtinai turi ką nors paaiškinti. Įsitikinimas gali būti klaidingas. Arba „apmąstymas" šioje vietoje gali turėti įtikinamąją ar retorinę prasmę, kuri buvo paminėta 4 skyriaus diskusijoje apie socialinių vizijų konkurenciją (tuo nenorima pasakyti, kad priešingų socialinių vizijų advokatų retorinis „pokalbis" yra bevertis). Teismo sprendimo priežasčių pateikimo srityje mes paprasčiausiai galime jausti sąžinės graužatį dėl dalykų, kurie žeidžia ki-

[5] Tai yra Keatso „Ode on a Grecian Urn" spekuliacijos apie miestą, kurio žmonės, pavaizduoti ant urnos, atėjo dalyvauti ceremonijoje, ironija ir patosas:

What little town by river or sea shore,
Or mountain-built with peaceful citadel,
Is emptied of this folk, this pious morn?
And, little town, thy streets for evermore
Will silent be; and not a soul to tell
Why thou art desolate, can e'er return.

[6] Trumpą diskusiją žr. William Empson, *Essays on Shakespeare*, 1986, p. 142–143.

tus žmones, jei nepateiksime savo veiksmo priežasties, net jeigu ji būtų ir nelabai įtikinanti. Visgi mes leidžiame prisiekusiesiems priimti verdiktus be jokio priežasčių paaiškinimo. Tai yra vienas iš įrodymų, kad jaučiamas įsipareigojimas mąstymu surasti sprendimą yra svarbesnis už sprendimo priežasčių pateikimą. Nuo teisėjo Bridlegoose proceso „Gargantiua ir Pantagriuelyje" yra laikoma neetiška mesti monetą tam, kad nustatytum bylos laimėtoją lygių, teisėjo nuomone, šansų byloje[7]. Ar tai yra tik teismų viešieji ryšiai? Ar tai baimė, kad greitai teisėjai visai nustos galvoti? Kitas dalykas, galintis paaiškinti, kodėl iš teisėjų (bet ne iš prisiekusiųjų) yra paprastai reikalaujama pateikti savo sprendimų priežastis, yra tas, kad netgi dirbtinės priežastys gali būti naudingos diskusijai apie esmę. Galų gale klientų bylas ginančių teisininkų argumentai dažniau yra dirbtiniai nei nuoširdūs, tačiau teisėjai vis tiek randa juose naudos.

Kaip bebūtų išaiškinti šie dalykai, yra atotrūkis tarp posakio, kad diskusija moraliniais, istoriniais, politiniais ir sudėtingais teisiniais klausimais yra įdomi ir netgi socialiai naudinga, ir posakio, kad iš principo yra teisingų atsakymų į visus ar daugumą tokių klausimų. Idėja, kad yra teisingų atsakymų į visus ar daugumą moralės klausimų, vadinama „moraliniu realizmu"[8]. Heterogeniškoje visuomenėje ją greičiausiai bus dar sunkiau įrodyti nei įsitikinimą, kad yra teisingų atsakymų net į pačius sunkiausius teisinius klausimus. Dworkinas yra moralinis realistas[9]. Arba bent jau taip atrodo, kai jo įsitikinimas teisingais atsakymais į teisinius klausimus yra sugretinamas su kitu jo įsitikinimu, kad teisėjai turėtų „identifikuoti teises ir pareigas kiek įmanoma plačiau remdamiesi prielaida, jog jas sukūrė vienas autorius – personifikuota bendruomenė, išreikšdama bendrą teisingumo ir teisybės koncepciją"[10]. Nes tai yra moraliniai terminai.

Norėčiau pateikti dar tris aspektus, kuriais Dworkino statutinės (ir konstitucinės) interpretacijos palyginimas su literatūrine interpretacija iš esmės paneigia teisingo atsakymo paiešką teisėje.

Pirma, yra labai lengva rasti literatūrinių visiškai neapibrėžtų klausimų pavyzdžių: greičiausiai ne apie tai, ar Makbetai turėjo vaikų, o apie tai, ar jie buvo šviesaus ar

[7] Galbūt įstatymai per skubotai atsisakė „atsitiktinių" sprendimų visose bylose. Įdomią diskusiją žr. Robert H. Mnookin, *„Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy"*, 39 Law and Contemporary Problems, 1975 m. vasara, p. 226, 289–291.

[8] Šią poziciją aršiai gina Michael Moore, *„Moral Reality"*, 1982 Wisconsin Law Review, p. 1061. Žr. taip pat Note, *„Relativistic Jurisprudence: Skepticism Founded on Confusion"*, 61 Southern California Law Review, 1988, p. 1417. Dar kartą atkreipkite dėmesį į potencialią sumaištį, kuri atsiranda dėl to, kad filosofija ir teisė vartoja skirtingas terminologijas. Moralinio realizmo teisinis atitikmuo yra ne teisinis realizmas, o teisinis formalizmas. Dėl šios priežasties ir taip pat dėl to, kad moralinio realizmo priešingybė yra moralinis reliatyvizmas, būtų geriau moralinį realizmą pavadinti „moraliniu absoliutizmu". Žr. Gilbert Harman, *„Is there a Single True Morality?"* in *Relativism: Interpretation and Confrontation*, Michael Krausz ed. 1989, p. 363.

[9] Žr. Larry Alexander, „Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law", 6 Law and Philosophy, 1987, p. 419, 425 n. 14.

[10] *Law's Empire*, op. cit. 3, p. 225.

tamsaus gymio, mėlynomis ar rudomis akimis, arba ar nebuvo gimę keliamaisiais metais. Tokių klausimų skaičius yra nebaigtinis[11]. Į juos niekas nekreipia dėmesio, nes šiais laikais tai niekam nebeįdomu. (Aš pripažįstu, kad tai yra aiškinimas ratu.) Tačiau tarkime, kad būtų priimtas įstatymas, suteikiantis teisę kiekvienam kreiptis į Šiuolaikinės kalbos asociaciją ir reikalauti, kad ji atsakytų į tokį klausimą[12]. Tuomet vyktų daug „ginčų" dėl neapibrėžtų klausimų. Daugelis teisinių klausimų yra neapibrėžti panašia prasme. Susijusių tekstų autoriai nepateikė skaitytojui pakankamai informacijos, kad leistų surasti atsakymą. Tačiau būtų neįtikėtina, jei teisėjai imtų sakyti: „Mes nespręsime jūsų bylos, nes mums nepakanka informacijos teisingam atsakymui sugalvoti". Jie gali išspręsti bylą užkraudami įrodinėjimo naštą vienai iš šalių, tačiau tai tik susiaurina diskusiją iki to, kas turėtų prisiimti naštą, t. y. kas turėtų pralaimėti.

Gali atrodyti, kad vaizduotės turintys rašytojai turi daugiau teisių nei įstatymų rengėjai praleisti esminius supratimo raktus arba nuspręsti, kas gali būti laikoma su tekstu susijusiu klausimu. Shakespeare'as rašė teatro auditorijai, kuri neturi laiko įsigilinti į kiekvieną teksto implikaciją. Todėl jam leidžiamos spragos, kaip, pavyzdžiui, dėl Makbetų vaikų. Teisės rengėjams tokia prabanga neleidžiama. Tačiau pakankamai dažnai tam, kad pasiektų reikalingos daugumos pritarimą, jie sąmoningai palieka klausimą neatsakytą. Dar dažniau tai atsitinka per neapsižiūrėjimą. Rezultatas bet kuriuo atveju yra tas, kad mūsų teisingumo samprata reikalauja iš teismų užpildyti šias spragas, o ne jas ignoruoti kaip literatūroje.

Antra, panašaus išsilavinimo, politinių pažiūrų, religinių įsitikinimų žmonės bus linkę literatūros kūrinį interpretuoti panašiai, tuo tarpu skirtingo išsilavinimo žmonės aiškins kūrinį skirtingai. Beveik tas pats yra ir teisėje. Teisininkų profesijoje, kurios nariai priklauso tai pačiai socialinei klasei ir turi tokį patį išsilavinimą, yra panašių politinių ir religinių pažiūrų, turi panašią profesinę patirtį, bus linkstama sutarti dėl prielaidų sprendimui priimti. Pakartoju dažną šioje knygoje akordą – kuo labiau sutariama dėl prielaidų, tuo labiau teisinis mąstymas gali eiti silogistiniu keliu. Tuomet teisė atrodys – ir tam tikra prasme bus – objektyvi ir nuasmeninta[13]. Tokiu pat būdu objektyvi interpretacija suponuoja homogenišką interpretuojančią bendruomenę. Tokios sąlygos objektyvumui šiuolaikinėje Amerikos teisinėje bendruomenėje neegzistuoja, kaip ir literatūrinėje. Atspindėdama gilesnį susiskaldymą visuomenėje teisinė bendruomenė yra politiškai ir kultūriškai susiskaldžiusi. Jos heterogeniškumas, sąveikaudamas su diskreciją teisėjams suteikiančių teisės formų dominavimu, sukū-

[11] Įdomią diskusiją žr. Simon Blackburn, Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language, 1984, p. 203–210.

[12] Cf. Frank H. Easterbrook, *„The Influence of Judicial Review on Constitutional Theory"*, in *A Workable Government? The Constitution after 200 Years*, Burke Marshall ed. 1987, p. 170, 174.

[13] Tai yra tvirta Anglijos *common law* studijų, kurias aiškina Brian Simpson, *„The Common Law and Legal Theory"* in *Legal Theory and Common Law* 8, William Twinning ed. 1986, taip pat Anglijos ir Amerikos teisės palyginimo pamoka. Žr., pavyzdžiui, P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, 1987.

rė teisinę dirvą, kurioje konsensusas, galintis fiksuoti prielaidas sprendimui priimti ir atveriantis loginius kelius teisei, yra nepasiekiamas. Diskreciją teisėjams suteikusios teisės formos yra *common law*, konstitucinė teisė ir tų parlamentų priimti įstatymai, kuriuose buvo tokia silpna politinė drausmė, kad daugelis įstatymų yra sudėtingo, sunkaus ir neprincipingo kompromiso rezultatas.

Trečia, artimiausia literatūros interpretacijos analogija įstatymų interpretacijai yra pasitaikantys mėginimai iš autoriaus gyvenimo bei darbų atspėti, kaip jis reaguotų į šiuolaikines problemas. Jei George'as Orwellas būtų gyvenęs ilgiau (jis mirė 1950 m.), ar būtų pritaręs JAV veiksmams Vietname? Ar jis šiandien būtų neokonservatorius? Žaliasis? Gorbačiovo gerbėjas?[14] Tokie akivaizdžiai beprasmiški klausimai yra panašūs į klausimus apie tai, ar Konstitucijos rengėjai būtų „prieš" telefono pokalbių pasiklausymą, pornografijos telefonus, vėliavos deginimą ar abortus, jei būtų gyvenę šiais laikais. Patirtis su literatūra perša išvadą, kad teksto ir biografinės įžvalgos negali būti projektuojamos nei į tolimą, nei į artimą, kaip rodo Orwello pavyzdys, ateitį, todėl ji nesuteikia jokios paramos teisės objektyvumo gynėjams.

Faktų klausimai

Gali atrodyti, kad teisės faktų paieškos ontologija yra bent jau neproblemiška. Kažkas atsitiko ir teismas yra įpareigotas išsiaiškinti „kas". Praeities rekonstrukcija, žinoma, yra sudėtinga, kaip matome iš pavyzdžio apie Ričardą III ir mažąsias princeses, bet ar dėl to gali kilti kažkokių specifinių problemų? Manau, kad gali, nors nepripažįstu kai kurių teisės realistų grubaus „skepticizmo faktų atžvilgiu"[15].

Praeities negrąžinsi, todėl būna sunku patikrinti arba paneigti hipotezes apie ją[16]. Bet, žinoma, ne kiekvienu atveju. Jei įtariamas žudikas papasakoja policijai, kad jis užkasė auką tam tikroje vietoje, o policija nuvyksta ten ir staiga randa lavoną, tai yra patvirtinimas, kad asmuo sakė tiesą. Čia yra sėkmingo spėjimo apie praeitį pavyzdys; tačiau dauguma mokslinių numatymų taip pat iš tikrųjų yra praeities atskleidimas; daugelis astronomų „numatomų" įvykių yra įvykę prieš milijonus metų. Ta-

[14] Žr. John Rodden, *The Politics of Literary Reputation: The Making and Claiming of „St. George Orwell"*, 1989.

[15] Žr. William Twinning, *„Some Scepticism about Some Scepticisms"*, 11 Journal of Law and Society, 1984, p. 137. Atskirdamas faktų ir teisinius klausimus aš nesiekiu pastatyti tarp jų sienos. Įsitikinusiam materialistui teisiniai klausimai iš esmės yra faktų klausimai. Įdomią diskusiją žr. Peter Tillers, „The Value of Evidence in Law", 39 Northern Ireland Legal Quarterly, 1988, p. 167.

[16] Šį pastebėjimą teisiniame kontekste pabrėžė Paul Bator, *„Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners"*, 76 Harvard Law Review, 1963, p. 441. Su praeities žinojimu susijusius filosofinius aspektus žr., pavyzdžiui, Arthur C. Danto, *Narration and Knowledge*, 1985. Apie istorinio liudijimo patikimumą žr. Stephen M. Stigler, *„John Craig and the Probability of History: From the Death of Christ to the Birth of Laplace"*, 81 Journal of the American Statistical Association, 1986, p. 879.

čiau yra daug bylų, kuriose klausimas „kas atsitiko" yra neapibrėžtas ir kurios turi būti išspręstos pagal tai, kam bus skirta įrodinėjimo ir teisėjo įtikinimo našta; grubiai tariant, kas pralaimės abejonės atveju. Gali pasirodyti, jog fakto neapibrėžtumas žymiai pabloginama svarbos, kurią tiek daug teisės doktrinų suteikia psichinei būsenai kaip atsakomybės elementui, problemą. Tačiau praeitame skyriuje matėme, kaip teisės sistema nutyli apie šiuos sunkumus, priimdama bihevioristinį požiūrį į psichinius reiškinius. Visgi tam tikra prasme tai yra išsisukinėjimas, o ne sprendimas. Net ir užkastos aukos atvejis nėra toks tiesmukas kaip atrodo. Reikia užduoti klausimą, kas iš tiesų nuspėjama, kai įtariamasis papasakoja policijai, kur jis užkasė auką: nuspėjama tik tai, kad lavonas bus surastas nurodytoje vietoje. Numatymo išsipildymas atitinka hipotezę, kad įtariamasis iš tikrųjų yra žudikas, tačiau kaip ir moksliniai tvirtinimai apskritai jis atitinka ir kitas hipotezes, pavyzdžiui, kad tikrasis žudikas papasakojo įtariamajam, kur guli lavonas.

Kitokia problema kyla dėl nepastebimo, tačiau didelio teisės pasitikėjimo galimybe nustatyti klastotes. Klastojimo sąlygos[17] užpildo mūsų mąstymą apie priežastis ir pasekmes. Dažnai jos nekelia problemų. Kai sakome, kad X nušovė Y, turime omenyje, kad, jei X nebūtų nuspaudęs gaiduko, Y nebūtų nušautas. Tačiau įsivaizduokite, kad yra klausimas, ar X atleido iš darbo Y dėl to, jog Y yra moteris, t. y. reikia atsakyti į klausimą „kodėl", o ne į trivialų klausimą, „ar" ji buvo atleista. Galbūt Y sutinka, kad jos poelgiai galėjo suteikti pretekstą atleidimui, tačiau teigią, kad jos nebūtų atleidę, jei ji nebūtų moteris. Fakto tyrinėtojo užduotis yra nustatyti, kas būtų atsitikę įsivaizduojamame klastočių pasaulyje, kuris yra toks pats, kaip mūsiškis (jei tik galime nekreipti dėmesio į tai, kad jis neegzistuoja), tik jame Y yra vyras, o ne moteris. Ar tai reiškia, kad fakto tyrinėtojas turi suteikti suklastotam Y visus vyro bruožus, išskyrus pirminius ir antrinius lytinius požymius? Jei taip, tai ar ji vis dar būtų panaši į Ý kuo nors daugiau nei vardu? Iš tiesų, ar ji vis dar būtų moteris? Juk moterys skiriasi nuo vyrų ir kitais požymiais, ne vien tik akivaizdžiais fiziniais skirtumais (žr. 13 skyrių).

Atmetus šiuos klausimus, nustatyti, ar Y būtų buvusi atleista, jei ji būtų vyras, įmanoma tik palyginus, kaip buvo elgiamasi su ja ir su vyrais, dirbančiais pas X. Tačiau visi žmonės skirtingi. Net jeigu vyrai ir moterys nėra būtinai visuomet skirtingi konkrečiam darbui reikalingais įgūdžiais, nė vienas vyras nebus identiškas Y be moteriškumo, o įstatymai prieš diskriminavimą darbe nedraudžia savavališkų sprendimų – draudžiami yra tik dėl darbuotojo lyties (arba rasės ar kito saugomo požymio) priimami sprendimai. Jei darbas būtų toks rutininis, vienodas, kad darbdavio požiūriu darbuotojai galėtų visiškai vienas kitą pakeisti, nes atitinka tam tikrus minimalius efektyvumo rezultatus, tuomet į sunkiai suvokiamą išgalvotą klausimą apie Y būtų galima atsakyti pakankamai patikimai. Arba jei būtų daugybė vyriškos ir moteriškos ly-

[17] Apie tai žr. Richard Otte, „*Indeterminism, Counterfactuals, and Causation*", 54 Philosophy of Science, 1987, p. 45; Causation and Conditionals (Ernest Sosa ed. 1975); David Lewis, *Philosophical Papers*, 1986, t. 2, pt. 6.

ties darbuotojų, daugiau ar mažiau patikimai sprendimo tikimybei būtų galima panaudoti statistikos metodus. Tačiau tais atvejais, kai nė viena iš sąlygų nėra tenkinama, galutinė išvada priklauso nuo įrodinėjimo naštos paskyrimo, nuo teismo tendencingumo ir išankstinio nusistatymo, bet ne nuo „tiesos".

Iki šiol dariau prielaidą, kad teismas siekia tik tiesos ir nieko daugiau kaip tiesos, bet tai yra nerealistiška prielaida, ypač Amerikos teisės sistemoje[18]. Paprastas pavyzdys: atsakovo atlikto būsto remonto po jo avarijos, kurios metu atsakovas buvo sužeistas, įrodymai nėra pripažįstami kaip įrodymai, kad būsto būklė iki avarijos buvo pavojinga. Įrodymas būtų tinkamas, tačiau jį pripažinus kaltininkai būtų nesuinteresuoti remontuoti būstą po avarijos. Faktų ieškotojo rūpinimasis kitomis vertybėmis, o ne faktų tikslumu, atitinka teismo taisyklių kūrėjo rūpinimąsi kitomis vertybėmis, o ne tiesos verte taisyklėje.

Neturiu omenyje, kad Amerikos sistema nesidomi faktų tiesa, o tik noriu pasakyti, kad tiesos tikslas konkuruoja su kitais tikslais kaip, pavyzdžiui, ekonomika, pasitikėjimo išsaugojimas, tam tikros veiklos skatinimas, konstitucinių normų apsauga. Tikslas, kuriam skiriama mažiau dėmesio nei reikėtų, yra skirtas suteikti katarsį žalą patyrusiems asmenims, ar jie būtų įsivaizduojami, ar tikri. Žmonės, kurie mano, kad jų teisės buvo pažeistos, yra pasipiktinę ir nori išlieti savo pasipiktinimą viešai. Daugelio teisėjų ir mano pastebėjimais – nors man retai teko imtis teismo proceso, net ir tais atvejais, kai ieškovas pralaimi, jis jaučiasi geriau nei jei niekada nebūtų turėjęs galimybės išlieti pasipiktinimą viešame forume ir savo pasipiktinimu priversti susirūpinti bei gintis jį nuskriaudusį atsakovą. Ši katarsio ir terapijos funkcija ginče yra susijusi su kéršte glūdinčiomis teisės šaknimis ir su pataisomojo teisingumo teisės teorija, kurios buvo aptartos 11 skyriuje.

Trumpai tariant, procedūrų sistema siekia optimalaus santykio tarp tikslo ir kaštų, kurie paprastai nuslepiami. Anglijos ir Amerikos teisės tradicijas sunkiai slėgė teismo biurokratijos kaštai, todėl daug pastangų buvo padėta siekiant sumažinti biurokratų skaičių. Kitaip nei kontinentinės teisės sistemos, pirminė atsakomybė už faktų aiškinimą byloje yra perkelta privatiems advokatams; tiesos paieška yra rungtyniška. Tai nėra būtinai bloga idėja, išskyrus visiškai praktinį pastebėjimą, jog amerikiečiai nėra gabūs organizuoti ir kurti aukštos kokybės paslaugų visuomenei tarnybas. Prisiminkime, kad Popperio mokslinės pažangos teorija pabrėžia rungtyniškumą. Tarp faktų aiškinimo rungtyniškumo ir klasikinės liberalios tradicijos, apskritai iškeliančios konkuruojančias rinkas, yra ryšys. Viena iš liberalios minties srovių yra skepticizmas dėl teiginių apie galutinės tiesos apie ką nors žinojimą. Toks skepticizmas ir tiesos, kaip rinkos, supratimas teismuose, t.y. sprendimas kaip kova tarp dviejų hipotezių, kurias pateikia ir gina privatūs advokatai, yra giminingi.

Tačiau analogija tarp mokslo ir konkurencijos sistemos yra ribotos galios. Kaip pabrėžia Davidas Lubanas, mokslininkai paprastai nekonkuruoja siekdami paneigti įro-

[18] Žr. Atiyah and Summers, op. cit. 13, sk. 6; Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986, p. 119–125.

dymus arba išgąsdinti kolegas kryžminiu tyrimu[19]. Konkurencijos sistema nėra labai panaši į nevaržomo tyrimo koncepciją, kuri yra pragmatikų idealas ir mokslininkų etika. Be to, konkurentai mūsų privatizuotoje, rungtyniškoje teisės sistemoje dažnai disponuoja akivaizdžiai nelygiomis galimybėmis. Dauguma kaltinamųjų baudžiamosiose bylose neturi galimybės nusisamdyti tokių gabumų ir patirties gynėją kaip visuomeninis kaltintojas, o neturintiems lėšų kaltinamiesiems valstybės skiriami pinigai nėra pakankami šiam atotrūkiui kompensuoti[20]. Žinoma, ne visi ir mokslinių tyrimų centrai disponuoja vienodais resursais. Tačiau jie varžosi dėl resursų, tuo tarpu kaltinamasis negali užsitikrinti brangaus talentingo gynėjo pagalbos vien dėl to, kad jo byla yra laimėtina.

Užuot sulyginusi kaltintojų ir gynėjų resursus, teisės sistema sukūrė puikias procesines kliūtis įtikinimui. Pastarosioms pavyko iki minimumo sumažinti nekaltų asmenų nuteisimo tikimybę, tačiau dėl to daugelis kaltų asmenų yra išteisinami (ypač galintys nusisamdyti aukščiausios klasės advokatus) arba niekuomet nebūna apkaltinti, arba prisipažįsta padarę daug lengvesnius nusikaltimus nei iš tikrųjų. Net ir civilinėje teisėje faktų surinkimo ir įrodymo privatizavimas yra problemiškas dėl patikimos informacijos stokos teisės paslaugų rinkoje. Teisininko veiklos kokybę sunku įvertinti, todėl konkurencija tarp teisininkų yra labai netobula. Tačiau informacijos problemos gali taip pat apsunkinti ir tokią sistemą, kurioje atsakomybė už faktų surinkimą yra patikėta tardymo teisėjams ir kitiems valstybės pareigūnams. Ir valdžiai, ir visuomenei gali būti sunku stebėti jų veiklą[21]. Vienintelis praktinis kelias išspręsti tokias problemas yra tik paprasčiausius faktus pripažinti teisiškai pateisinamais, tačiau tokia „reforma" pareikalautų didelio masto naujo teisinių teisybių ir neteisybių apibrėžimo.

Jungtinės Valstijos yra vienintelės iš civilizuotų valstybių, kurios ir toliau civilinėse bylose rutiniškai naudojasi prisiekusiaisiais teisėjais, o mūsų įrodymų taisyklės yra suformuluotos pagal suvokiamas (tiksliau – numanomas) prisiekusiųjų supratimo ribas. Iš dalies mes išsaugojome prisiekusiuosius civilinėse bylose tik todėl, kad nepasitikime teisėjais – ir kartais pagrįstai. Taip pat galbūt mes juos išsaugojome tam, kad teismų vaidmuo atrodytų objektyvesnis nei iš tikrųjų: paskyrę sudėtingus klausimus nagrinėti paprastiems piliečiams, sumažinome bylų skaičių, kuriose teisėjas turi atsakyti į neapibrėžtus klausimus. Prisiekusieji sprendžia būtent faktų prasme sudėtingus klausimus. Jeigu klausimas nesudėtingas, t.y. jei racionalus prisiekusysis negali neat-

[19] Žr. *„The Adversary System Excuse"*, in *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, David Luban ed. 1984, p. 83, 93–94.Tuo nenoriu paneigti pasitaikančios labai aršios mokslininkų konkurencijos, ką pabrėžė David L. Hull, *Science as a Process: An Evolutionary Account of the Social and Conceptual Development of Science*, 1988.

[20] Žr., pavyzdžiui, Stephen J. Schulhofer, *„Criminal Justice Discretion as a Regulatory System"*, *17 Journal of Legal Studies*, 1988, p. 43, 53–56.

[21] Diskusiją apie lyginamuosius anglų ir amerikiečių ir kontinentinius faktų nustatymo metodus žr. Ronald J. Allen et al., *„The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship"*, 82 *Northwestern University Law Review*, 1985, p. 705; John H. Langbein, *„Trashing* The German Advantage", idem, p. 763; Ronald J. Allen, *„Idealization and Caricature in Comparative Scholarship"*, idem, p. 785.

sakyti į jį tam tikru būdu, teisėjas paims bylą iš prisiekusiųjų spręsti tiesiogiai. (Palyginkite malonės teisę, kuri suteikia formalios teisės sistemos išorėje esančią galimybę išvengti teisės sprendimo.) Sekant šia analize civiliai prisiekusieji išliko Amerikos kultūroje ne dėl populistinių bruožų, kuo paprastai tikima, o dėl formalistinio nerimo.

Epistemologiškai kalbant prisiekusiųjų ir teisėjų derinimas negali būti sėkmingas. Didžiulė pagarba civiliams prisiekusiesiems yra įtartina. Be žalos atlyginimo, ieškovų advokatų patys įtakingiausi rėmėjai yra baudžiamųjų bylų teisėjai, o pastarųjų parama yra mažai susijusi su prisiekusiųjų sugebėjimu nustatyti tikslius faktus. Prisiekusiųjų sistema jiems patinka todėl, kad visų pirma ji leidžia pasidalyti sprendimo naštą: prisiekusiesiems tenka pirminė atsakomybė už sprendimą, o teisėjai mėgsta jos nusikratyti. Ir kai ne teisėjas priima sprendimą, teisėjams nebereikia rašyti savo nustatytų faktų ir teisinių išvadų, kurie tikrai vargina. Prisiekusiųjų teismai taip pat yra dramatiškesni ir įdomesni už suolo teismus, suteikia teisėjui didesnę auditoriją ir daugiau erdvės pasireikšti žmonių sugebėjimams, taip pat teisėjo dramaturginiams ir vadybiniams gabumams. Teisėjai yra natūraliai linkę manyti, kad „jų" prisiekusieji, t.y. kuriuos jie instruktavo savo vadovaujamuose teismo procesuose, teisingai supranta reikalą, nes jei būtų priešingai, tai atspindėtų prastą proceso vadybą. Šią tendenciją (geras pažintinio nesuderinamumo sprendimo pavyzdys) sustiprina faktas, kad daugelis teisėjų neskiria ypač didelio dėmesio įrodymams prisiekusiųjų teisme, kadangi jie nėra faktų nustatymo tikrintojai. Todėl teisėjai turi natūralią tendenciją sutikti su prisiekusiaisiais, kurie tam skiria daug dėmesio (kokie bebūtų kiti prisiekusiųjų teismo trūkumai).

Pasitikėjimą civiliais prisiekusiaisiais turėtų paminti faktas, jog kai žmonės gali laisvai pasirinkti faktų nustatymo metodus, įskaitant ir tokius pat istorinius faktus, dėl kurių ginčijamasi civilinėse bylose, jie niekuomet „neišgalvoja" prisiekusiųjų. Pavyzdžiui, prisiekusiųjų nėra arbitraže, t.y. valstybinio teismo privačiame atitikmenyje. O „teisėjai" – arbitrai – dažniausiai yra specialistai, kas prieštarauja mūsų tvirtam pasitikėjimui bendro pobūdžio teisėjais ir atsitiktinai parinktais prisiekusiaisiais. Be to, prisiekusiųjų tyrimą reglamentuojančios taisyklės yra nepaaiškinamos, išskyrus jei remsimės hipoteze, kad turime reikalą su patikliu ir nepatyrusiu faktų paieškos organu. Nedaugelis gali norėti pritarti Ambrose'ui Bierce'ui, pasakiusiam, kad „patys reikšmingiausi kariniai, politiniai, komerciniai ir kitokie veiksmai yra kasdien pradedami remiantis gandais pagrįstais įrodymais. Nėra nė vienos religijos pasaulyje, kuri remtųsi kuo kitu nei iš nuogirdų atsiradusiais įrodymais„[22]. Tačiau būtų sunku paneigti,

[22] *The Devils Dictionary*, in *The Collected Writings of Ambrose Bierce*, 1946, p. 270 (įžanga į „*Inadmissible*"). Jis pridūrė: „Esamuose teismuose niekas nebuvo taip detaliai įrodyta kaip kaltinimai kerėjimu ir raganavimu, už kuriuos daug žmonių buvo nuteista myriop". *Idem*, p. 271. Tai yra priminimas, jeigu tokio dar reikia, apie teisinės faktų paieškos klystamumą. Apie teisminį kerėjimo įrodymą žr., pavyzdžiui, Barbara J. Shapiro, *Probability and Certainty in Seventeenth-Century England: A Study of the Relationships between Natural Science, Religion, History, Law, and Literature*, 1983, sk. 5; Sanford J. Fox, *Science and Justice: The Massachusetts Witchcraft Trials*, 1968. Teisės sistema ir toliau yra patikli tam tikrų rūšių įrodymams. Žr., pvz., D. Michael Risinger, Mark P. Denbeaux, and Michael J. Saks, „*Exorcism of Ignorance as a Proxy for Rational Knowledge: The Lessons of Handwriting Identification 'Expertise'*", 137 University of Pennsylvania Law Review, 1989, p. 731.

kad nuogirdų taisyklės, pavyzdžiui, geriausio įrodymo taisyklė, tiesioginio ir kryžminio tyrimo taisyklė, taisyklės dėl specialistų išvadų, dėl prisiekusiųjų atrankos ir darbo tvarkos, taisyklė dėl duomenų apie teistumą nenaudojimo, išskyrus jei kaltinamasis jais pasiremia (tokiu atveju duomenys apie teistumą gali būti panaudoti jo liudijimo patikimumui paneigti) ir kitos Amerikos teisiniams procesams būdingos taisyklės, kurių tikslas yra apsaugoti prisiekusiuosius nuo susipainiojimo, yra tik antras pagal gerumą, bet ne geriausias faktų netikrumo problemos sprendimas. Sprendimą diktuoja mūsų pasitikėjimas nepatyrusiais fakto tyrinėtojais, kurie susiduria su konkuruojančiais įrodymų pateikėjais. Išorinių samprotavimų, kurie suformavo mūsų teisines procedūras, nevaržomame tyrime mes nesitikėtumėme rasti tokių taisyklių. Jie visiškai nutolę nuo mokslinių procedūrų. Faktas, kad prisiekusieji neprivalo pateikti savo sprendimo paaiškinimo taip kaip teisėjai, yra nenuginčijamas įrodymas. Reikalavimas prisiekusiesiems paaiškinti savo balsavimą sukeltų didžiulių sunkumų teisės sistemoje.

Kita priežastis abejoti mūsų ir galbūt bet kurios teisės sistemos galimybėmis atrasti „tiesą" yra ginčo proceso tendencija pateikti teismams būtent tas bylas, kuriose yra neaiškių faktų[23]. Anksčiau šioje knygoje jau aptariau analogišką teisinių klausimų tendenciją, pabrėždamas, kad ji didina teisės neapibrėžtumo laipsnį. Lygiai kaip ši tendencija didina teisinio neapibrėžtumo lygį apeliacinėje instancijoje, taip ir tendencija pateikti teismui abejotinų faktų turinčias bylas labai didina proceso pirmos instancijos teisme faktinį neapibrėžtumą. Bylas, kurios patenka į teismą todėl, kad šalys negali numatyti, kaip teisėjas ar prisiekusieji išspręs nesutarimus dėl faktų, teisėjams ar prisiekusiesiems bus labai sunku išspręsti teisingai.

Tačiau tai nėra ypač svarbu. Tol, kol teismai gali teisingai išspręsti lengvas bylas, o ginčo šalys ar potencialios ginčo šalys tai žino, didžiąją dalį faktų klausimų teisės sistema išspręs teisingai, nors ir netiesiogiai. Vis dėlto ginčų tendencija būti susijusiems su sudėtingais faktų klausimais ir faktų tyrinėtojų sunkumai, bent jau Amerikos sistemoje, atsakyti į tokius klausimus gali teismų išvadas paversti dezinformacijos kasyklomis. Jei faktų netikrumas yra neproporcingai būdingas ginčijamoms byloms (iš kurių parenkami bylų pavyzdžiai), tuomet, įvertinant sunkumus ginčo metodais išsklaidyti tokį netikrumą, galima tikėtis, kad spausdinamuose teismų sprendimuose išdėstyti faktai dažniausiai yra klaidingi. Be to, išvadoje pateikiami faktai dažnai yra tiesiog perimti iš ieškininio pareiškimo, kuris, atmestas dėl teisinės priežasties, bus pripažintas teisingu apeliacijos tikslais, net jei būtų nerealus. Kol byla pasiekia apeliacinį

23 Gausu literatūros apie sprendimo kreiptis į teismą, o ... ne susitarti determinantus, kuri pabrėžia teisinį ar faktinį abejotinumą kaip būtiną, bet nepakankamą sąlygą. Žr., pavyzdžiui, William M. Landes, „An Economic Analysis of the Courts", 14 Journal of Law and Economics, 1971, p. 61; Patricia Munch Danzon and Lee A. Lillard, „Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims", 12 Journal of Legal Studies, 1983, p. 345; Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 3d ed. 1986, §21.5; George L. Priest and Benjamin Klein, „The Selection of Disputes for Litigation", 13 Journal of Legal Studies, 1981, p. 1; Steven Shavell, „Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", 11 Journal of Legal Studies, 1982, p. 55.

teismą, daugelis ginčo faktų gali tapti nebetinkamais. Todėl apeliacinio teismo išvada gali nupiešti supaprastintą ir net klaidinantį įvykių paveikslą.

Teismų išvados pateiks „laimėtojų istorijų" pavyzdžius visų pirma tose bylose, kuriose nepareiškiama atskiroji nuomonė. Apeliacinis teismas paprastai faktus pateiks tiek palankiai savo išvadoms, kiek leidžia protokolas, ir netgi dar palankiau. Tokia ydinga praktika atspindi teisėjavimo psichologiją (įtikinęs save kažkurios išvados teisumu, teisėjas ar teismo raštininkas nesąmoningai stengsis išmesti visus priešingą išvadą pagrindžiančius faktus) ir formalistinį stilių. Sprendimas neatrodys toks stiprus, patikimas ir neabejotinai teisingas, jei jis pripažins priešingos nuomonės stiprumą. Mano apibūdintai tendencijai padeda akademinių komentatorių nenoras išplėsti bylų tyrimą už teismo išvadų ribų. Tik retais atvejais komentatorius paima raštus ir protokolus išvadoje cituojamų faktų tikslumui patikrinti.

Tai nebūtų taip svarbu, jei teisininkų ir ypač teisėjų žinios apie pasaulį arba bent jau su teismų sprendimais susijusią pasaulio dalį nebūtų daugiausia paremtos teismų išvadomis. Vienas iš išskirtinių teisėjų kaip politikos kūrėjų – dabar jau turėtų būti aišku, kad mūsų sistemoje teisėjai yra politikos kūrėjai – bruožų yra tai, kad jie gauna daug žinių apie pasaulį iš sistemingai nepatikimų informacijos šaltinių[24].

Kadangi daugumoje bylų neįmanoma pasiekti tikrumo, ar reikėtų teisinių įrodymų klausimą apibūdinti kaip tikimybių nustatymą? Jei taip, tai kokios tikimybių teorijos reikėtų laikytis?[25] Tikimybė yra paslaptingas dalykas kaip ir skaičius, tačiau galime praleisti daugelį paslapčių[26] ir iš esmės apsiriboti dviem konkuruojančiomis koncepcijomis. Viena iš jų yra dažnumas. Teiginys apie tikimybę vienas iš tūkstančio, kad atsitiktinai parinkta lemputė bus nekokybiška, „frekventistui" reiškia, kad tikrinant identiškomis sąlygomis atsitiktinai atrinktas lemputes nekokybiškų lempučių tikimybė pagal didelių skaičių dėsnį artės prie 0,001, kai patikrintų lempučių kiekis artės

[24] Šio pastebėjimo svarbos asmeninio gyvenimo apsaugos teisėje paaiškinimą žr. mano knygoje *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988, p. 4–5, kurioje aptariama byla *Melvin v. Reid*, 112 Cal. App. 285, 297 Pac. 91, 1931. Ši žymi asmeninio gyvenimo apsaugos byla, kurioje „faktai" buvo paimti vien tik iš ieškovo neįrodomo ieškinio, suformavo ištisų kartų mokslininkų mąstymą. Analogišką pavyzdį *Tuttle v. Buck* byloje aš nagrinėju šios knygos 8 skyriuje.

[25] Šis klausimas yra išsamiai pateiktas *„Boston University School of Law Symposium on Probability and Inference in the Law of Evidence"*, 66 Boston University Law Review, 1986, p. 377. (Dauguma simpoziumo darbų yra pateikta *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism* [Peter Tillers and Eric D. Green eds. 1988].) Žr. taip pat Richard Egglestone, *Evidence, Proof and Probability* (2d vols. 1988); *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts* (StephenE. Fienberg ed. 1989). Teisminių įrodymų problemos filosofiniu požiūriu yra aptariamos L. Jonathan Cohen, *The Probable and the Provable*, 1977, pt. 2 ir sk. 18. Taip pat žr. Ferdinand Schoeman, *„Cohen on Inductive Probability and the Law of Evidence,"* 54 Philosophy of Science 1987, p. 76; L.Jonathan Cohen, *„On Analyzing the Standards of Forensic Evidence: Reply to Schoeman"*, 1987, 54 id. p. 92.

[26] Neįprastai aiškią diskusiją žr. L. Jonathan Cohen, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, 1989. Taip pat gerai aptariama J.L. Mackie, *Truth Probability and Paradox: Studies in Philosophical Logic*, 1973, sk. 3; Terrence L. Fine, *Theories of Probability: An Examination of Foundations*, 1973, sk. 9; Clark Glymour, *Theory and Evidence*, 1980, sk. 3.

prie begalybės. Frekventistų požiūris nelabai naudingas teisėje, nes jo sąlygas (atsitiktinė atranka, identiškos sąlygos, daugybė testų) sunku įvykdyti teisme. Viena išimtis yra tuomet, kai kaltė arba atsakomybė priklauso nuo pirštų atspaudų ar kitokios formos įrodymų, kurių tikslumas nustatomas statistinėmis pavyzdžių studijomis.

Kitas – Bayeso – požiūris tikimybę vertina subjektyviai. Jeigu žirgų lenktynėse lošėjas stato devyni prieš vieną, kad kažkuris arklys nelaimės, tai šiam lošėjui to arklio laimėjimo tikimybė yra 0,1. (Žinoma, sprendimas statyti už kažką priklauso ne tik nuo šansų, tačiau ir, pavyzdžiui, nuo statytojo požiūrio į riziką. Tačiau aš nesigilinsiu į šią komplikaciją ir išvengsiu diskusijos apie rizikos preferenciją arba rizikos vengimą.) Subjektyvi tikimybė, be abejonės, bylinėjantis vaidina svarbų vaidmenį. Pavyzdžiui, kiekviena ginčo šalis turi nuspręsti, ar kreiptis į teismą, ar susitarti, o priimdama šį sprendimą turės sąmoningai ar nesąmoningai apskaičiuoti laimėjimo teisme šansus. Bet ar bayesianizmas pateikia gerą sprendimo modelį teisėjui ar prisiekusiesiems?[27] Pavyzdžiui, ar prisiekusiųjų teismas turi (turėtų) nuteisti kaltinamąjį, jei jo nariai duotų devynis šansus prieš vieną ar net devyniolika šansų prieš vieną, kad kaltinamasis kaltas? Tikriausiai ne, bet ne tik todėl, kad prisiekusiųjų teismas kitaip nei ginčo šalys ar lošėjai nesilažina dėl savo šansų įspėti teisingą atsakymą, o ir todėl, kad teisėjai ar advokatai neinformuoja apie statymus. Daug teisėjų net žodžiu nemėgina paaiškinti prisiekusiesiems įrodymų baudžiamosiose bylose standartų – „už pagrįstos abejonės ribos". Tai paliekama prisiekusiųjų vaizduotei[28]. Prisiekusiųjų teismas sprendimą priima netikrumo aplinkybėmis, tačiau jam ir nesiūloma svarstyti sprendimo tokiame kontekste. Turbūt tai yra tik į gera. Taip sakydamas aš kalbu apie tai, kaip šie klausimai turėtų būti pateikti prisiekusiųjų teismui; aš nereiškiu nuomonės apie Bayeso tikimybių teorijos pagrindinius privalumus prieš frekventistų (ar kitas) teorijas. Bayeso tikimybių teorijos kritika gali būti irgi paremta klaidinga informacija arba neišsami[29]. Taip pat netvirtinu, kad tik besilažinančios kultūros suvokia sprendimą netikrumo sąlygomis ir tik konkretaus statymo situacijoje. Žmonės kasdien priima sprendimus turėdami abejonių. Tačiau prisiekusiųjų sprendimai daro įtaką kitų žmonių gyvenimams.

Iš esmės baudžiamosiose bylose prisiekusiesiems nurodoma nenuteisti, kol neįsitikins kaltinamojo kalte, tačiau įspėjama ir kartu nesiekti tokio tikrumo lygio, kuris

[27] Žr. Lea Brilmayer and Lewis Kornhauser, „*Quantitative Methods and Legal Decisions*", 45 University of Chicago Law Review, 1978, p. 116, 135–148, kurioje pateikiama naudinga diskusija.

[28] Apie keistą atsisakymą išaiškinti prisiekusiesiems galbūt pagrindinės jų svarstymo koncepcijos reikšmę žr. daugumos ir su ja sutampančias nuomones byloje *United States v. Hall*, 854 F.2d 1036 (7th Cir. 1988); taip pat Eggleston, op. cit. 25, sk. 9. Visas efektyvios komunikacijos su prisiekusiaisiais klausimas yra labai problemiškas. Instrukcijos prisiekusiesiems paprastai yra surašytos teisiniu žargonu. Nėra aišku, kiek vidutinis prisiekusysis jas supranta. Žr. Walter W. Steele, Jr., and Elizabeth G. Thornburg, „*Jury Instructions: A Persistent Failure to Communicate*", 67 North Carolina Law Review, 1988, p. 77.

[29] Kaip argumentavo Stephen E. Fienberg ir David H. Kaye Bostono universiteto simpoziume, op. cit. 25, p. 651, 657, 693, 701.

būtų nepagrįstas bylos aplinkybėmis (t. y. atmesti nepagrįstas abejones), pavyzdžiui, prilygstančio tokių teiginių kaip 2 + 2 = 4, katės neauga ant medžių ar nėra gyvų 1800 m. gimusių žmonių neabejotinumui. Akivaizdu, kad toks požiūris, kuris buvo vadinamas „moraliniu tikrumu" ir reiškė „praktinį gyvenimą atitinkančią tikrumo rūšį"[30], galų gale remiasi tikimybėmis ir yra svarbus praktinio mąstymo panaudojimo teisėje pavyzdys. Vis dėlto taip galbūt yra geriau nei aiškinti prisiekusiesiems apie tikimybes, lažybų statymus, pasitikėjimo intervalus ir pan. bent jau iki tol, kol žmonės įgis žinių apie statistines išvadas arba kol bus pakeisti prisiekusiųjų atrankos kriterijai.

Neteigiu, kad teisės „išraiškos" funkcija būtų paminta[31], jei susitaikytume su faktu, jog baudžiamosiose bylose faktų nustatymas yra tikimybė, o ne garantija, ir panaudotume pačius tobuliausius mokslinius metodus šiam klausimui išaiškinti. Mano susirūpinimą kelia tik tai, kad tarp prisiekusiųjų tai gali sukelti sumaištį. Aš nesu tikras, ar teisė turi išraiškos funkciją, t. y. socialinių normų ar ideologijos kūrimo ir stiprinimo funkciją. Paskatomis ir sankcijomis teisė veikia elgesį ne tik tiesiogiai, bet ir netiesiogiai keisdama požiūrius, o per juos elgesys daugumos teisės profesionalų, ypač teisėjų ir profesorių nuomone, tampa tikėjimo produktu. Tačiau dėsningai tęsdama mokslinio žingeidumo trūkumą, kuris ryškiai būdingas teisinėms mintims, teisė nedalyvavo ir net nekreipė dėmesio (netgi ir nekritikavo) į tyrimus, skirtus patvirtinti ar paneigti tokių pasekmių egzistavimą[32]. Įrodymų, kad tokios pasekmės egzistuoja, ar netgi kad jos neegzistuoja[33], trūkumas nesutrikdė teisininkų tikėjimo.

30 Glen Shafer, *„Moral Certainty"*, 5 Encyclopedia of Statistical Sciences, 1985, p. 623.

31 Kaip neseniai argumentavo Charles Nesson, *„The Evidence or the Events? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts"*, 98 Harvard Law Review, 1985, p. 1357, ir ką kritikavo Michael J. Saks ir Robert F. Kidd, *„Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics"*, in *Judgement and Decision making: An Interdisciplinary Reader*, Hal R. Arkes and Kenneth R. Hammond eds. 1986, p. 213.

32 Sociologai ir psichologai atliko nemažai tokių tyrimų. Žr., pvz., Gary B. Melton and Michael J. Saks, „The Law as an Instrument of Socialization and Social Structure", in The Law as a Behavioral Institution, Gary B. Melton eds. 1986, p. 235, 255–263; Richard D. Schwartz, „Law and Normative Order", in Law and the Social Sciences, Leon Lipson and Stanton Wheeler eds. 1986, p. 63; The Impact of Supreme Court Decisions: Empirical Studies, 2d ed., Theodor L. Becker and Malcolm M. Feeley eds. 1973; Adam Podgorecki et al., Knowledge and Opinion about Law, 1973; Robert L. Kidder, Connecting Law and Society: An Introduction to Research and theory, 1986, sk. 6. Išraiškos arba edukacinė teisės funkcija filosofiniu požiūriu yra aptarta Joel Feinberg, Harmless Wrongdoing, 1988, p. 294–300 (jo traktato The Moral Limits of the Criminal Law. T. 4).

33 Pavyzdžiui, Berl Kutchinsky, „'The Legal Consciousness': A Survey of Research on Knowledge and Opinion about Law", in Podgorecky et al., op. cit. 32, p. 101, 112–120, nurodo, kad daugelis nusikaltėlių apie teisę turi maždaug tiek pat žinių kaip ir teisėtai besielgiantys piliečiai. Tai yra vienas iš įrodymų, kad „teisingo" požiūrio į teisę turėjimas nesustiprina socialinių normų. Kirk R. Williams, Jack P. Gibbs ir Maynard L. Erickson studija „Public Knowledge of Statutory Penalties: The Extent and Basis of Accurate Perception", 23 Pacific Sociological Review, 1980, p. 105, atranda, kad nors žmonės puikiai žino apie statutines bausmes už nusikaltimus, jų suvokimas atspindi jų preferencijas dėl tinkamų sankcijų, o šios preferencijos savo ruožtu yra atspindėtos statutuose. Taigi viešoji nuomonė nulemia bausmes, o ne bausmės nulemia viešąją nuomonę. Sally Engle Merry studija „Everyday Understandings of the Law in Working-Class

Šio tikėjimo atkaklumas yra stebinantis, nes nemažai teisinio diskurso tyliai pripažįsta priešingą išvadą, jog teisė yra socialinė sekėja, o ne socialinė lyderė. Policijos krata neatitinka 4-osios pataisos, jei pažeidžia kratomo asmens „pagrįstus privatumo lūkesčius". Šis kriterijus būtų mąstymas ratu, jei imtume teigti, kad žmonės iš teisės normų išsiaiškina, kiek privatumo jie gali tikėtis. Pareiškimo, prieštaraujančio ankstesniam pareiškimui, atmetimo doktrinos (pasak kurios, pažadas gali būti teisiškai privalomas net jei nėra jį palaikančio aptarimo) taikymo kriterijus yra tai, ar pažado gavėjas pagrįstai pasitikėjo pažadu. Tai būtų mąstymas ratu, jei žmonės pasitikėtų tik tais pažadais, kurie, jų žiniomis, yra privalomi pagal įstatymą. Apskritai mūsų šalies komercinė teisė, kuri yra kodifikuota Bendrajame komerciniame kodekse, seka komerciniu papročiu, o ne paprotys seka teisę. Tuo nenoriu pasakyti, kad teisė niekuomet nekeičia požiūrio, tačiau būtina pabrėžti klausimo neapibrėžtumą.

Koks bebūtų atsakymas į šį platų klausimą, atrodo, nėra jokio pagrindo tikėti, jog teisininkų profesijos pastangos išryškinti teisinius apibrėžtumus (ir teisinį, ir faktinį) klaidina visuomenę, arba jog sėkmės atveju tokia apgavystė turėtų kokią nors socialinę paskirtį. Keista, kad didelė Amerikos Vyriausybės dalis turi stengtis valdyti paslaptimis kaip Dostojevskio Didysis Inkvizitorius, o ne gerai informuotu pritarimu[34]. Kaip bebūtų keista, šiuo metu pastarasis neatrodo reikalingas.

Net ir civilinėse bylose, kuriose prisiekusiesiems nurodoma priimti palankų ieškovui sprendimą, jei ieškovas įrodo ieškinį „įrodymų persvara", atrodo, kad prisiekusiųjų yra prašoma ne lažintis, bet nuspręsti, ar ieškinys yra įtikinamas. Žinoma, prisiekusiųjų teismas negali būti toks pat tikras ir pasitikintis savimi kaip baudžiamosiose bylose, tačiau tai nėra lažinimasis ieškovo ar atsakovo naudai, tarsi būtų vienodai statoma už vieną ar kitą pusę. Štai kodėl mažai įrodymų ar visai jų nepateikęs ieškovas pralaimės bylą, net jei prisiekusiesiems ir be įrodymų atrodys labiau tikėtina, kad ieškinys pagrįstas, negu atvirkščiai[35]. Kitaip sakant, prisiekusieji nori suprasti, kas atsitiko, nori nustatyti priežastinio ryšio grandinę nuo atsakovo poelgio iki ieškovo žalos, o ne skaičiuoti tikimybes, nes žmonėms labiau patinka priežasčių, o ne statistinis paaiškinimas[36]. Alternatyvus aiškinimas visgi dera su tikimybių požiūriu: nesant jokių specifinių aplinkybių, ieškovo nesugebėjimas pateikti įrodymus reiškia, kad ieškovas neturi ieškinio, kad atsakovo pozicija labiau įtikinanti ir kad „statyti"

America", 13 American Ethnologist 1986, p. 253, teigia, kad net kai žmonės gauna patikimos informacijos apie netinkamą teismų elgesį, jie išlaiko tikėjimą teisės viešpatavimu. Šis ir kiti tyrimai (kai kurie pacituoti 4 skyriuje) paneigia požiūrį, kad mitų apie teisės sistemą išsaugojimas yra reikalingas maksimaliai įmanomam teisės laikymuisi pasiekti. Kitą įtakos požiūriams pobūdį iliustruoja *Gobitis* sprendimo efektas (vėl 4 skyrius), sukeliantis smurtą prieš Jehovos liudytojus. Tačiau įtaka truko trumpai.

[34] Teisininkams nuo seno žinoma, kad teisinių faktų paieška turi tikimybių savybių. Žr. Shapiro, op. cit. 22, p. 178–182, 187. Tačiau jie nelinkę to atskleisti plačiajai visuomenei.

[35] Įdomią diskusiją žr. Mary Dant, „*Gambling on the Truth: The Use of Purely Statistical Evidence as a Basis for Civil Liability*", 22 Columbia Journal of Law and Social Problems, 1988, p. 31.

[36] Cf. L. Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy*, 1986, p. 157–187.

reikia kaip tik ant tokios pozicijos. Jei ieškovas pateikia įrodymų, o atsakovas nesugeba pateikti kontrargumentų, tokia situacija gali atsisukti prieš atsakovą. Žinoma, bet kuriuo atveju padaryta išvada gali būti nepatvirtinta; trūkstami įrodymai gali paprasčiausiai būti neprieinami.

Kiek yra paplitusi faktų klaidų problema teisėje? Visų pirma yra gerai žinomas faktas, kad daug kaltų žmonių išteisinami dėl to, kad kaltintojams tenka sunki našta. Ar daug nekaltų žmonių nuteisiama, greičiausiai priklauso nuo to, kaip giliai ir atidžiai prokurorai tiria savo bylas[37]. Jei prokurorai niekuomet nepersekiotų tikrai nekaltų asmenų, įrodinėjimo reikalavimai galėtų būti mažinami pagal pageidavimus ir vis tiek nekalti žmonės niekuomet nebūtų nubausti. Atitinkamai, jei prokurorai visiškai nesiimtų tyrimo ir persekiotų kiekvieną, prieš kurį pateikiamas pareiškimas, nuteistų nekaltų asmenų skaičius būtų didžiulis, nes prisiekusieji turi būti tik pagrįstai tikri dėl kaltinamojo kaltės, kad nuteistų.

Kiek dėmesio tyrimui gali skirti prokurorai, tikriausiai priklauso nuo pajėgumų santykio su nusikaltimų skaičiumi. Kuo šis santykis didesnis, tuo atidžiau gali būti tiriamos bylos. Mūsų šalyje šis santykis dabar labai aukštas. Prieštaraujanti intuicijai pasekmė yra ta, kad mažiau nekaltų žmonių nuteisiama didelio (o ypač – kylančio) nusikalstamumo, negu mažo nusikalstamumo visuomenėje. Prokuratūros tyrimas nepaliečia, tačiau tikrai paaštrina kaltųjų išteisinimo problemą. Kuo daugiau vyksta tyrimų, tuo mažiau nuteisiama kaltų asmenų; tyrimas suteikia jiems papildomų galimybių išvengti bausmės. Apskritai, kol nepadidinami resursai kaltumui ir nekaltumui nustatyti, tol vienintelis kelias sumažinti nekalto asmens nuteisimo galimybę yra taip pat sumažinti kaltųjų asmenų nuteisimo galimybę.

Bandant bendrai įvertinti mūsų teisės sistemos tikslumą, būtina turėti omenyje formalaus ir esminio tikslumo skirtumus. Formalų tikslumą nesunku pasiekti deleguojant, pavyzdžiui, faktų paieškos funkciją organui, kuris vertinamas kaip ne visai priklausantis pačiai teisės sistemai, priskiriant įrodinėjimo naštą ar pasirenkant apeliacinio proceso taisykles[38].

Delegavimą iliustruoja prisiekusieji, kurie nėra teisininkai profesionalai ir už kurių klaidas teisėjai neatsako, ir malonės teisė.

Įrodinėjimo naštos funkcija siekiant formalaus tikslumo yra suteikti teismui galimybę iki galo išspręsti bylą, kurioje teismas neturi net menkiausio supratimo, ar atsakovas apgavo ieškovą, ir jeigu taip – tai kiek. Gali atrodyti, kad tai yra priekaištas teisės sistemai, kad pastaroji taip dažnai nieko nesuvokia jai skirtose spręsti bylose, tačiau šį priekaištą atremia įrodinėjimo naštos panaudojimas trūkstamų žinių vietai užimti.

[37] Cf. Glanville Williams, *„Letting Off the Guilty and Prosecuting the Innocent"*, 1985 Criminal Law Review, p. 115.

[38] Šią ir kitą teisminio nepibrėžtumo matomumo sumažinimo techniką aprašo Rachel F. Moran, *„Review Essay: Reflections on the Enigma of Indeterminacy in Child-Advocacy Cases"*, 74 California Law Review, 1986, p. 603, 629–638, ir Michael A. Rebell and Arthur R. Block, *Educational Policy-Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*, 1982, p. 50–54.

Kai sprendimą persvarstantis teismas taiko pagarbos standartą (racionalumo standartą prisiekusiųjų teismo verdiktų peržiūrai ir piktnaudžiavimo diskretumu standartą daugelio teismų ir administracinių organų sprendimams), jis vėl gali priimti galutinius sprendimus, net jei neturi nė menkiausio supratimo, ar persvarstomi sprendimai yra teisingi.

Sudėtingų priežastinių ryšių vengimas baudžiamosiose bylose (ne visuomet gynybos naudai) yra dar viena teisės sistemos technika savo nesugebėjimo išspręsti faktų klausimus pasekmėms išvengti. Žmogus gali būti nuteistas už pasikėsinimą nenustačius, ar nusikaltimas tikrai būtų buvęs padarytas, jei kėsinimasis nebūtų buvęs nutrauktas. Lygiai tas pats su nutrauktu bendrininkavimu, už kurį baudžiama, net jeigu nėra jokios žalos. Mūsų baudžiamosios teisės biheivioristinis pobūdis (žr. 5 skyrių) gali visų pirma atspindėti teisės sistemos ribotą sugebėjimą išspręsti sudėtingus faktų klausimus, taip pat teisės nenorą, kaip jis beatrodytų, spręsti intencijų klausimą. Teisininkų pagarba sistemos, kurioje geriau išteisinti dešimt kaltų negu nuteisti vieną nekaltą, „teisingumui" yra mėginimas suteikti gerą įvaizdį tam, kas iš tikrųjų yra prisipažinimas apie sistemingą nesugebėjimą spręsti kaltės ir nekaltumo klausimus. Galiausiai nustatydami, ar teismo klaida nepadarė žalos ir yra nenaikintina, mes klausiame ne to, ar prisiekusieji faktiškai būtų priėmę lygiai tokį pat sprendimą, išskyrus klaidą, bet ar racionalus prisiekusiųjų teismas būtų priėmęs tokį pat sprendimą. Taigi mes ir vėl aplenkiame sudėtingą faktų prieštaravimo klausimą ir tuo sumažiname teisėjų diskretumo galimybes. Toks teisės pritaikymas prie faktinio netikrumo gali būti išmintingas ar bent jau neišvengiamas, tačiau jis taip pat gali suklaidinti teisininkus, priversdamas juos galvoti, kad jie žino daugiau nei iš tikrųjų yra.

Tai, kad praeities neįmanoma visiškai patikimai atkurti ginčo metodu, turėtų mums priminti pragmatikų primygtinį reikalavimą, kad mokslinis tyrimas turi vykti negarantuojant, jog objektyvi tiesa yra pasiekiama. Pragmatikų įžvalga gali sukelti mums abejonių dėl (pavyzdžiui) nuosprendžio peržiūros sluoksnių pridėjimo baudžiamojo teisingumo sistemoje, viliantis patikimai išsiaiškinti, ar kaltinamojo teisės nebuvo pažeistos. Būtina atrasti pusiausvyrą tarp nedidelių laimėjimų mažinant vienos rūšies klaidas (pažeidžiančias gynybos teises) ir nuostolių didinant kitas klaidas (nepagrįstai pripažįstant kaltinamojo pretenzijas dėl teisių), paneigiant baudžiamojo proceso tikslus ir apkraunant teismus, o ne gynybą pagrįstomis pretenzijomis, kurios pasimeta procese.

Prasto faktų suvokimo teisėje problema neapsiriboja konkrečiais ginčais, tačiau taikytina ir faktams, kuriais remiasi teisės normos. Pavyzdžiui, pirmininkaujant teisėjui Earlui Warrenui Aukščiausiasis Teismas plečiamai išaiškino Teisių bilio nuostatas dėl baudžiamojo proceso, federalinį *habeas corpus* įstatymą ir tinkamo proceso nuostatą 14-ojoje pataisoje; dėl to sustiprėjo kaltinamųjų gynybos teisės. Ši tendencija nuslūgo 1970-aisiais, o pastaraisiais metais kai kurios kaltinamųjų baudžiamosiose bylose teisės buvo apkarpytos ne vien tiktai, bet daugiausia dėl nežalingos klaidos koncepcijos plačios interpretacijos ir 4-osios pataisos numatytos apsaugos nuo nepagrįstos kratos ir poėmio siauros interpretacijos. (Kituose frontuose gynybos teisių plėtra tę-

sėsi, tačiau aš pateikiu bendrą vaizdą.) Nei sprendimai dėl kaltinamųjų gynybos teisių plėtros, nei vėlesni jas mažinantys sprendimai nebuvo padiktuoti atitinkamų normų teksto arba istorijos[39]. Neturėjo jie ir kokio nors stipraus moralinio impulso (išskyrus aukščiausiąją bausmę). Visų pirma tai buvo politiniai sprendimai, pagrįsti ar bent jau remiami nuorodų į faktinius vertinimus. Liberalūs teisėjai yra įsitikinę, kad kaltinamųjų gynybos teisių išplėtimas pastebimai nedidina nusikalstamumo ir nereikalauja resursų perkėlimo iš kitų socialinių programų į baudžiamojo teisingumo sistemą, o tų teisių ribojimas pasmerkia neturtingiausius visuomenės narius, kurių daugelis yra nekalti, diskriminacijai ir priespaudai. Konservatyvūs teisėjai mano, kad kaltinamųjų gynybos teisių išplėtimas yra nusikalstamumo lygio augimo faktorius ir reikalauja didžiulių išlaidų baudžiamojo teisingumo sistemoje. Jie abejoja, ar šių teisių ribojimas lems nekaltų asmenų nuteisimą ar kitokią socialinę žalą.

Niekas nežino, kas yra teisus šioje diskusijoje. Tai šokiruojanti žinia, kai pagalvoji, kad ta diskusija vyksta jau beveik pusę amžiaus. Faktų klausimai, be abejonės, yra sunkūs, o teisėjai negali laukti, kad šie klausimai būtų išspręsti prieš priimant sprendimus. Stebina tai, jog teisės profesionalai beveik visiškai nejaučia poreikio skubiai išspręsti tų klausimų. Teisininkai ir teisėjai paprastai žino apie faktus konkrečiuose ginčuose, tačiau dažniausiai jie nėra suinteresuoti jų tyrimu arba ragina akademinį sluoksnį tirti faktus, nuo kurių priklauso teisės doktrinos teisingumas. Labiau sukrečiančio paliudijimo apie mokslinio požiūrio teisėje nebuvimą nėra.

[39] Palyginkite šią diskusiją su rinkimų apygardų ribų pakeitimo vertinimu 4 skyriuje.

7 SKYRIUS

Kas yra teisė ir kam to klausti?

Ar ji yra taisyklių ir principų rinkinys, ar veikla, ar abu kartu?

Dabar mes esame pasirengę nagrinėti didžiausią, nors nebūtinai įdomiausią, ontologijos klausimą jurisprudencijoje: kas yra teisė? Taip tiesiai pateiktas klausimas beveik neturi prasmės. „Teisė" yra toks pat žodis kaip „religija", „laikas", „politika", „demokratija" ar „grožis", kurie gali būti vartojami nesukeliant rimtų supratimo problemų, tačiau negali būti apibrėžti nesupratus apibrėžimo tikslo. Jei paklausite, ką „teisė" reiškia teiginyje, kad teisės mokyklose turi būti dėstoma tarptautinė teisė, atsakymas bus kitoks nei atsakant į klausimą, ar teisėjas X daugiau išmano apie „teisę" už teisėją Y, ar vyriausiojo teisėjo Warreno vadovaujamas Aukščiausiasis Teismas buvo „neteisėtas", arba ar *Roe v. Wade* byla yra „teisė". Bet jūs bent jau sulauksite atsakymo. Jei paklausite paprasčiausiai, „kas yra teisė", išprovokuosite jurisprudencinius debatus. Mano suformuluoti specifiniai klausimai arba yra nukreipti į tam tikrus pedagogikos, teisminio elgesio ar teisės praktikos dalykus, arba išprovokuoja specifinius palyginimus, pavyzdžiui, kaip klausime „ar primityvi teisė „tikrai" yra teisė, kuris reiškia „kiek yra panašumų tarp primityvios ir šiuolaikinės teisės. Tačiau bendras klausimas „kas yra teisė", atrodo, perša mintį, jog „teisė" yra kažkoks daiktas (ar daiktų rinkinys) kaip „Niujorkas", „Perinjono katedra" ar „Salamandra", arba teiginių rinkinys, kaip pavadinime „sutarčių teisė".

Yra naudinga išskirti tris žodžio „teisė"[1] prasmes. Pirma, teisė gali būti suprantama kaip išskirtinis socialinis institutas; šia prasme remiamės, kai iškeliame klausimą, ar primityvi teisė apskritai yra teisė. Antrąja prasme teisė yra teiginių rinkinių katalogas. Šie rinkiniai vadinami antimonopoliniais įstatymais, prievolių teise, įstatymais prieš sukčiavimą ir t. t. Trečiąja prasme teisė yra teisių, pareigų ir galių šaltinis kaip sakinyje „teisė neleidžia paveldėti nužudžiusiam įpėdiniui". Šis skyrius koncentruosis į trečiąją prasmę. Faktas, jog susidaro įspūdis, kad „teisė" nurodo ir įgalioja, nukreipia ir uždraudžia, leidžia intuityviai manyti, kad ji yra tam tikros rūšies daiktas ar daiktų rinkinys, o būtent – taisyklės, nes tik pastarosios nurodo, uždraudžia ir įgalioja. Arba, jei teisė yra ne taisyklės (ar ne tik taisyklės), tuomet yra normos ir principai. Aš prieštarausiu tokiai koncepcijai. Holmesas ėjo teisingu keliu, kai pareiškė,

[1] Žr. Ronald M. Dworkin, „*Introduction*", in *The Philosophy of Law*, Dworkin ed., 1977, p. 1.

kad teisė yra pranašystė, ką susidūrę su konkrečia byla nuspręs daryti teisėjai[2]. Nors daug kas pripažino ją prieštaringa, pasenusia ir visiškai diskredituota, „numatymo teorija" buvo nurašyta per anksti.

Prognozės teorija. Paneigdama, kad teisė susideda iš objektyvių, išoriškų ir neasmeniškų normų, teorija pritaria skeptiškam požiūriui į teisę ne metafizine skepticizmo dėl išorinio pasaulio ir kitų protų egzistavimo prasme, bet skepticizmo bendro suvokimo prasme, kuri yra ir mokslininko, ir pragmatiko skepticizmas. Šia prasme Holmeso jurisprudencija buvo perdėm skeptiška. Jo priešiškumas teisinio formalizmo simboliui – silogizmui – buvo pirmas požymis[3], o teigiamas požiūris į išorinius atsakomybės standartus – antras, susijęs su jo skepticizmu dėl galėjimo pažvelgti į kito asmens sąmonę. Holmeso metafora apie žodžio laisvę – minčių rinką[4] – remiasi skepticizmu dėl galimybės protingai išspręsti intelektinius ginčus, kurie vėliau galėtų būti perkelti į teisę. Tai toks pat konjunktūrinis požiūris į žinias, kurį randame Popperio ir pragmatikų darbuose, ir kuriuo grindžiamas išbandymas laiku kaip ginčų sprendimo metodas[5]. Čia tiesiogiai siejasi charakteringai netikėtas, nevisiškai apgal-

[2] Žr. Oliver Wendell Holmes, „The Path of the Law", 10 Harward Law Review, 1897, p. 457, 461 („Teise aš vadinu pranašystes, ką teismai darys faktiškai, ir nieko ko nors labiau pretenzingo"). Apie Holmeso prognozės teoriją žr. M.H. Fisch, „Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism", 39 Journal of Filosophy, 1942, p. 85. „Už" ir „prieš" analizę (daugiausia „prieš") žr. Henry M. Hart, Jr., *„Holmes's Positivism – An Addendum"*, 64 Harward Law Review, 1951, p. 929, 932–934; H. L. A. Hart, *„Scandinavian Realism"*, Cambridge Law Review 1959, p. 233; David H. Moskowitz, „The Prediction Theory of Law", 39 Temple Law Quarterly 1966, p. 413; Robert Samuel Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 1982, sk. 5; George C. Christie, *„The Universal Audience and Predictive Theories of Law"*, 5 Law and Philosophy, 1986, p. 343; Thomas C. Grey, *„Holmes and Legal Pragmatism"*, 41 Stanford Law Review, 1989, p. 787.

[3] Jis mėgo sakyti, kad silogizmas nebegali vizginti uodega (t. y. negyvybingas, miręs). Žr., pavyzdžiui, 1923 m. balandžio 1 d. laišką John C. H. Wu in *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions*, Max Lerner ed. 1943, p. 419.

[4] Žr. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 1919, p. 616, 630 (atskiroji nuomonė) („Geriausias tiesos išbandymas yra minties galia būti pripažintai rinkos konkurencijos sąlygomis".)

[5] Palyginkite pareiškimą *„Natural Law"*, 32 Harward Law Review, 1918, p. 40, jog „mūsų tiesos išbandymas yra nuoroda arba į dabartinę, arba į būsimą nuomonių daugumą mūsų naudai, su Peirce'o tiesos apibrėžimu (žr. 3 skyrių): „Nuomonę, kuriai lemta gauti galutinį visų tyrimo subjektų pritarimą, vadiname tiesa". (Atkreipkite dėmesį į optimistiškesnį, netgi idealistinį Peirce'o formuluotės atspalvį palyginti su Holmeso). Dalis atskirosios nuomonės *Abrams* byloje atrodo beveik perfrazuota iš Peirce'o žymiosios esė „The Fixation of Belief", in Collected Papers of Charles Sanders peirce, Charles hartshorne and Paul Weiss eds., 1934, t. 5, p. 223. Holmeso požiūrį, kad vienintelis įsitikinimo pagrindas yra Holmeso vadinamasis „neįmanoma kitaip" („kai aš sakau, kad kažkas yra tiesa, aš turiu omenyje, jog neįmanoma tikėti kitaip", „Ideals and Doubts", in Oliver Wendell Holmes, Collected Legal papers, 1920, p. 303, 304), atitinka Peirce'o pareiškimas, jog „tai, kuo jūs jokiomis sąlygomis negalite patikėti, kad yra klaidinga ... jums yra absoliuti tiesa". „What Pragmatism is", 15 Monist, 1905, p. 161, 169. (Šiuolaikinį šio požiūrio atgimimą pragmatikų darbuose žr. Richard Rorty, Contingency, Irony, and Solidarity, 1989, p. 46–47; ir prisiminkite mano besąlygišką pasitikėjimą juo 2 skyriuje tam, kad paneigčiau Arthuro Leffo kraštutinį moralinį skepticizmą.) Galimybę, kad Holmesas savo išorinių atsakomybės standartų teoriją išvedė iš Peirce'o teiginių, nagrinėja Note, *„Holmes, Peirce, and Legal Pragmatism"*, 84 Yale Law Journal, 1975, p. 1123; apie Holmeso galimas intelektualines sko-

votas Holmeso žymiausių minčių pobūdis[6], pavyzdžiui, apie teisėją kaip tarpinį įstatymų leidėją, kadangi įstatymų leidėjai yra pripažinti teisės kūrėjai. Kiti Holmeso skepticizmo apie teisinį mąstymą, tiesą ir gerumą požymiai yra jo iš esmės pozityvistinis pareiškimas, kad, jei Jungtinių Valstijų piliečiai užsimanytų eiti velniop, tai jo, kaip teisėjo, pareiga būtų padėti jiems ten patekti kuo greičiau[7]; nesikišimo pozicija, kurią jis užėmė valstybės ir asmeniškai kvailais laikytų federalinių įstatymų (nesusijusių su žodžio laisvės suvaržymais) atžvilgiu; teisės redukavimas į pasekmes kaip pareiškime, kad sutartis tėra pažadas sumokėti, nebent įvyksta joje aprašyti netikėti faktai[8] (poelgiai ar nuo vykdymo atleidžiantys įvykiai), ir visų labiausiai teisės kaip teisėjų sprendimų prognozės koncepcija.

Nors ir negalėdamas postuluoti tokio abstraktaus dalyko kaip „teisė" egzistavimo, Holmesas suvokė, kad tam tikra prasme teisė yra reali, nes daro poveikį elgesiui. Dilemos sprendimas buvo paklausti, kaip teisė daro poveikį elgesiui. Valstybė turi prievartos galią, o žmonės nori žinoti, kaip jiems neatsidurti šios prievartos kelyje. Todėl jie kreipiasi patarimo į advokatus. Jie nori žinoti, ar valstybės prievarta prieš juos bus panaudota tam tikro elgesio atveju. Kad galėtų patarti, advokatas turi numatyti, kaip elgsis teisėjai, nuo kurių priklauso valstybės prievartos taikymas kliento numanomo poelgio atveju. Taigi teisė tėra prognozė, kaip valstybės valdžia dirbs konkrečiomis aplinkybėmis. Abstraktus dalykas „teisė" virsta kitu abstrakčiu dalyku – fizine jėga, tačiau pastaroji solidžiau skamba ir gali būti paaiškinta bihevioristiniais terminais: jei aš pasielgsiu X, šerifas areštuos ir parduos mano turtą, vertą Y dolerių. Prognozės teorija suvokia teisę kaip dispoziciją, o ne kaip objektą. Pareikšti, kad poelgis yra neteisėtas, reiškia numatyti tam tikras pasekmes už tokį poelgį, lygiai kaip pareikšti, kad objektas yra sunkus, reiškia numatyti tam tikras pasekmes, jei objektas kristų ar būtų metamas.

las Peirce'ui taip pat žr. Roberta Kevelson, *The Law as a System of Signs*, 1988. Atkreipęs dėmesį į Holmeso ir Popperio panašumą, norėčiau pastebėti ir Peirce'o, ir Popperio panašumą. Štai Popperio keli žodžiai: „Mokslininkas visų pirma nori surasti tiesą ir dėl to labai stengiasi, kad jo dabartiniai tarpiniai įsitikinimai (iš esmės visi jo įsitikinimai yra tarpiniai) būtų nušluoti, ir todėl sunkiai dirbs siekdamas šio tikslo". *„Preface to Scientific Metaphysics"*, in *Collected Writings of Charles Sanders Peirce, op. cit.*, t. 6, p. 1, 3. Ir Peirce'as, ir Popperis yra įsitikinę, kad tik abejonės galia progresuoja, kad nėra jokio polinkio judėti iš neabejotinos pozicijos.

[6] Žr. G. Edward White, *„The Integrity of Holmes' Jurisprudence"*, 10 Hofstra Law Review, 1982, p. 633, 650–652, 664, 668–671; David P. Currie, *„The Constitution in the Supreme Court: Full Faith and the Bill of Rights, 1889–1910"*, 52 University of Chicago Law Review, 1985, p. 867, 900; Currie, *„The Constitution in the Supreme Court: 1910–1921"*, 1985 Duke Law Journal, p. 1111, 1145–1155, 1161; ir mano knygą *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988, p. 281–289.

[7] „Aš tikiuosi ir tikiu, kad man nedaro įtakos mano nuomonė, jog tai yra kvailas įstatymas (*Sherman Act*). Man nekyla abejonių, kad piliečiams jis patinka, ir aš visuomet sakiau, kad jeigu mano tautiečiai nori keliauti į pragarą, aš jiems padėsiu. Toks mano darbas". 1920 m. kovo 4 d. laiškas Harold Laski, in *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski*, 1916–1935, Marc De Wolfe Howe ed. 1953, t. 1, p. 248–249. Panašaus pobūdžio yra ir Holmeso pareiškimas „aš nekenčiu teisės", aprašytas Learned Hand, *„A Personal Confession"*, in Hand, *The Spirit of Liberty*, 1960, 3d ed., p. 302, 306.

[8] Žr. Holmes, *op. cit.* 2, p. 462; taip pat žr. Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, 1881, p. 300–301.

Ši koncepcija nekreipia dėmesio į tuos žmones, kurie laikosi teisės dėl to, kad ji yra teisė, ir todėl buvo pavadinta „blogo žmogaus" teisės teorija. Tačiau šis nepaisymas galbūt nėra reikšmingas. Tikriausiai nėra labai daug „gerų žmonių", kurie laikosi įstatymų vien iš pagarbos teisei, vidinio moralinio reikalavimo paklusti jai. Maža teismų reikšmė amerikiečiams (žr. 4 skyrių) ir 6 skyriuje pateikti įrodymai, neigiantys tiesioginę įstatymų įtaką, verčia galvoti būtent taip. Tai nereiškia, kad sankcijos yra vienintelė paklusnumo teisei priežastis. Daug žmonių laikosi įstatymų todėl, kad juos pažeisdami jie negautų naudos, netgi jeigu nebūtų formalių sankcijų. Juos stabdo įpročiai, sąmonė (tiek, kiek teisė seka morale, o taip dažnai būna), susirūpinimas reputacija ir kitais savitarpiškumo elementais, menka nauda, kai įvertinama rizika ir kiti kaštai, simpatija ar gailestis potencialiems nukentėjusiesiems nuo neteisėtų veiksmų. Analitiškai šie žmonės priklauso pirmajai grupei, Holmeso „blogiesiems žmonėms", kurie laikosi įstatymų tiek, kiek tai jiems naudinga, bet nė kiek ne daugiau („naudinga" suvokiant plačiąja prasme). Todėl klausimas, ar egzistuoja nepriklausoma moralinė pareiga laikytis įstatymų, gali neturėti visiškai jokios praktinės svarbos.

Dažniausiai sutinkama nepritarimo prognozės teorijai priežastis yra ta, kad teorija tinka advokatui, duodančiam patarimą klientui apie konkretaus poelgio pasekmes, tačiau netinka teisėjui, nes pastarasis negali numatyti savo paties elgesio. Šį argumentą sunku paneigti tik aukščiausiosios instancijos teismų atžvilgiu. Žemesniųjų teismų teisėjai gali numatyti, kaip aukštesnysis teismas spręstų jų turimą bylą lygiai tokiu pat būdu, kaip advokatai numato teisėjo (arba aukštesnės instancijos teismo) sprendimą. Bylose, kuriose federalinė jurisdikcija yra grindžiama skirtinga šalių pilietybe, arba kitose bylose, kuriose teismas taiko esmines kitų jurisdikcijų doktrinas, teisėjas susiduria su įvykdoma užduotimi numatyti, kaip kiti to paties lygio teisėjai išspręstų tą pačią bylą. Jei byla yra neįprasta, teisėjas gali ją išspręsti prognozuodamas, kaip dauguma kitų teisėjų ją spręstų. Netgi aukščiausios instancijos teismo teisėjas gali bandyti išspręsti bylą modeliuodamas, kaip jo pirmtakai ir byloje cituotų precedentų autoriai būtų sprendę tokią bylą.

Nesunku suprasti, kas skatina advokatą įsivaizduoti teisę prognozavimo terminais: šiuo būdu jis gali geriausiai atstovauti kliento interesams. Tačiau koks tikslas teisėjams įsivaizduoti savo funkciją tokiais pat terminais, net jei tai ir įmanoma? Ne visi teisėjai būtent taip suvokia savo funkciją. Kai kurie iš jų bylas sprendžia pagal savo supratimą apie teisę, taigi ir apie teismo sprendimų panaikinimą. Sprendimų panaikinimas galų gale nėra toks labai skausmingas. Tačiau dauguma teisėjų itin jautriai reaguoja į savo sprendimų panaikinimą, todėl jiems atrodo protinga vadovautis prognozavimo teorija. Švelnios sankcijos gali smarkiai paveikti teisėjus. Viena iš tokių sankcijų yra kritika, o sprendimo panaikinimas yra kritikos rūšis (jos išimtį tuoj paminėsime). Daugelis teisėjų stengiasi išvengti savo sprendimų panaikinimo, todėl laikosi prognozės teorijos. Tačiau šie pastebėjimai netinka aukščiausios instancijos teismų teisėjams.

Teorijos aiškinamoji galia yra didesnė nei leistų kritikai, tačiau jos neįmanoma panaudoti gilaus teisinio netikrumo srityse. Šiais atvejais teisėjai ir advokatai gali tik spėlioti, kad aukščiausios instancijos teismas bylą išspręstų (jei byla jį pasiektų) pagal įsta-

tymą arba kuo labiau atsižvelgiant į įstatymą. Mums nepavyko išvengti ontologinio klausimo: kam reikalingas šis organizmas – teisė, kuria numato vadovautis teisėjas.

Galime apginti Holmeso išvadą pasakydami, kad, jei teisė tėra aukščiausios instancijos teisėjų veiksmų prognozė, nebelieka prasmės klausti, kaip jie gali panaudoti prognozavimą teisei atrasti. Teisė nėra daiktas, kurį jie tiria; teisė yra jų veiklos pavadinimas[9]. Savo veikloje jie nesivadovauja kažkuo, kas vadinama „teise", jie paprasčiausiai elgiasi geriausiu įmanomu būdu. Jie sprendžia bylą, o kaip tarpinį produktą pateikia detales, kaip jie spręstų kitą bylą. Teisė yra hipotezių rinkinys, kurį pateikia advokatai ir žemesniųjų teismų teisėjai apie aukštesniųjų teismų veiksmų dėsningumus.

Jei norime, galime teigti, kad teisėjai savo veikla, t. y. spręsdami bylas, „kuria teisę", todėl teisė yra tai, ką daro teisėjai, ir prognozė, ką teisėjai darys. Prieštaravimų nekyla, jei prognozės teorija įtraukiama į platesnę teisinės veiklos teoriją. Svarbu yra tai, kad teisė yra licencijuotų asmenų, daugiausia teisėjų, advokatų ir įstatymų leidėjų veikla, o ne knyga, kuri ištraukiama iš lentynos tuo metu, kai reikia rasti atsakymą į teisinį klausimą, tuo sukeliant ginčus, ar knygoje yra tik taisyklės, ar taisyklės ir principai, ar taisyklės, principai ir politinės nuostatos, ar tik politinė moralė. Nors ir sukurta teisėjų, *common law* yra teisė, kaip ir nešališka jurisprudencija su savo nebaigtinėmis maksimomis (Dworkino vadinamų „principų" šerdimi); lygiai taip pat yra su laisvomis įstatymų ir Konstitucijos interpretacijomis; taip pat ir su teisėjų tariamai diskrečių galių įgyvendinimu, pavyzdžiui, galiomis nustatyti, kokią bausmę taikyti įstatymo nurodytose ribose, kurią federaliniams teisėjams apribojo, bet nepanaikino naujosios nuosprendžių direktyvos. Net ir sprendimas politizuoti teisę, suteikiant daugiau įtakos prisiekusiesiems, arba parenkant teisėjus pagal jų pažiūras, arba išplečiant malonės teisę, yra teisinis sprendimas apie tai, kokią teisę nori turėti dominuojančios visuomenės grupės. Tai nereiškia sprendimo susiaurinti teisės reguliavimo sritį.

Jei veiklos teorija yra teisinga (aš manau, kad ji teisinga, nors ir ne iki galo), tuomet klausimas, ar teisę sudaro tik taisyklės, ar taip pat ir svarstymai, kuriais teisėjai remiasi, kai pritrūksta taisyklių arba taisyklės yra visiškai naujos, yra pseudoklausimas – gambitas politiniame ir ideologiniame žaidime. Kadangi žodis „neteisėtas" turi neigiamą prasmę, o agresyvūs teisėjai nori paslėpti teismų diskretumo panaudojimą, kad suteiktų savo sprendimams „objektyvesnį", mažiau politišką ir todėl autoritetingesnį skambėjimą, agresyviems teismams pritariantys teoretikai apibrėžia „teisę" kuo plačiau. Tuo tarpu norintieji labiau suvaržyti teismus apibrėžia „teisę" siauriau. Tai yra tik semantinis žaidimas („įtikinamo" apibrėžimo žaidimas), kuris negali būti svarbus. Iš tikrųjų tai tėra šešėlių kova, nes visuomenė, kuriai savo idėjas perša konkurentai, domisi tik sprendimų išvadomis.

Netgi ideologiniai dividendai yra menki. Koks bebūtų įdomus ir svarbus klausimas, ar teismų sprendimų priėmimas turėtų būti laisvesnis ar mažiau laisvas, tai nė-

[9] Už šį pastebėjimą esu skolingas Robinui Westui. Kitokią teisės „veiklos" koncepciją siūlo Thomas D. Eisele, *„The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities"*, 54 Tennessee Law Review, 1987, p. 345.

ra klausimas nei apie teisės prigimtį, nei apie liberalizmo ateitį. Teisė neturi nei prigimties, nei esmės; o liberalizmas yra pakankamai neaiškus ir lankstus, kad suderintų ir aktyvų, ir pasyvų konstitucinio aiškinimo stilių bei vienokį ar kitokį taisyklių ir diskretumo santykį.

Paneigdamas teisės „daiktiškumą", aš nesakau, kad teisė yra niekas. Ji yra praktika, atpažįstama daugelyje savo apraiškų. Tačiau praktika arba veikla skiriasi nuo koncepcijų rinkinio. Šis atskyrimas gali padėti mums pastebėti, kad yra praleidžiamas klausimas, ar teisė susideda tik iš viešosios valdžios išdėstytų taisyklių (tradicinis teisės pozityvizmas), ar taip pat ir „aukštesnės teisės", kuri gali būti panaudojama taisyklėms pakeisti, pritaikyti jas prie naujų aplinkybių arba užpildyti jų spragas. Klausime pripažįstama, jog tyrinėjame koncepcijų rinkinio ribas, kai tuo tarpu turėtume domėtis praktika. Mes turėtume kelti klausimą, ar teisėjai turi teisę spręsti bylas, keisdami senas normas ir kurdami naujas (ir pritaikydami savo išradimus jau egzistuojančiai bylai, t. y. retroaktyviai), sykiu nebūdami apkaltinti rimtais teisėtumo pažeidimais. Mūsų sistemoje jie gali tai daryti visais atvejais iš anksto nenustačius plačių ribų. Akivaizdu, kad įmanomas toks teisės kūrimas, kuris nėra vien taisyklių taikymas. Ir tai nėra nuoroda į metafizinį ar moralinį vienetą – „prigimtinę teisę" – ontologine prasme.

Siūlau dar keletą pastebėjimų apie prognozės teoriją. Pirma, ji negali būti išsami, nes reiškia vergišką žemesniųjų teismų subordinaciją aukštesniesiems teismams. Teorija visų pirma iškelia žemesniesiems teismams užduotį numatyti, kaip jų viršininkai išspręstų bylą. Tik tuo atveju, jei neįmanoma to numatyti, teismams yra leidžiama priimti nepriklausomą sprendimą. Tačiau, kaip buvo nurodyta 2 skyriuje, mes norėtume, kad žemesnieji teismai vykdytų kiek nors nepriklausomo teisingumo. Todėl gali būti nepriimtina, kad žemesniojo teismo teisėjas numatytų aukštesniojo teismo sprendimą, remdamasis žiniomis apie numatomą aukštesniojo teismo sudėties pasikeitimą. Žemesniųjų teismų teisėjai turi būti subordinuoti, tačiau jie neturi tapti vietininkais.

Antrasis pastebėjimas, galintis prieštarauti pirmajam, yra tas, kad prognozės teorija reiškia didesnes kūrybiškumo galimybes teisėjo, kuris susiduria su, atrodo, pritaikomu aukštesniojo teismo precedentu negu teorija, jog teisė susideda iš koncepcijų rinkinio. Pastaroji teorija gali reikšti, jog precedentas yra teisė – jis yra „teise" vadinamo indo turinys. Normatyviai vertinant prognozės teorija reiškia, kad žemesniojo teismo funkcija yra numatyti, kaip aukštesnysis teismas išspręstų konkrečią bylą. Precedentai yra esminiai indėlio į prognozavimo procesą elementai, tačiau jie patys nėra „teisė". Todėl žemesniojo teismo teisėjas, turėdamas pakankamą pagrindą manyti, jog aukštesnysis teismas ir pats nesilaikytų savo precedento, nenusižengia teisei atsisakydamas taikyti precedentą.

Trečias, artimai susijęs pastebėjimas, yra tas, kad prognozės teorija išvengia paradokso, kurį sukuria teisės kaip koncepcijų rinkinio samprata. Tarkim, du žemesnieji teismai A ir B gauna identiškas bylas, kurios taip pat yra identiškos prieš daugelį metų priimtam ir nepanaikintam aukštesniojo teismo sprendimui, kuriuo netgi nebuvo iš esmės suabejota jokiame teismo sprendime. Tačiau ir A, ir B yra akivaizdu, kad šiuo

metu tokiai bylai pakliuvus į aukštesnįjį teismą, šis nesilaikytų precedento, nes praktika įrodė, jog sprendimas buvo klaidingas. A laikosi prognozės teorijos, nepaiso precedento ir jo sprendimas paliekamas galioti[10]. B laikosi teisės kaip koncepcijų rinkinio teorijos, pritaiko precedentą ir jo sprendimas panaikinamas. Pagal prognozės teoriją, A yra teisus, o B neteisus, todėl A sprendimo patvirtinimas ir B sprendimo panaikinimas tėra tai, ko ir reikia tikėtis sistemoje, kurioje aukštesnieji teismai taiso žemesniųjų teismų klaidas. Tačiau pagal teisės, kaip koncepcijų rinkinio, teoriją A yra neteisus, o B – teisus, kas sukelia paradoksą, kad teismo, kuris priėmė sprendimą pagal įstatymų reikalavimus, sprendimas panaikinamas lyg būtų padaryta klaida, tuo tarpu teismas, nesilaikęs įstatymo, gauna pritarimą. Todėl faktas, kad teismas turi teisę pakeisti savo paties precedentą, yra stiprus argumentas „už" prognozės teoriją, išreiškiančią teisės požiūrį į perspektyvą.

Ketvirta, sunku pripažinti idėją, jog kiekviena teisinga sprendimo panaikinimo prognozė identifikuoja „teisės" pasikeitimą. Tarkim, kad dėl teisėjo pakeitimo kitu teisėju yra tikėtina, jog konkretus precedentas bus pakeistas, kai tik atitinkamą elementą turinti byla vėl atsidurs teisme. Ar teisinga būtų teigti, jog teisėjų pasikeitimas pakeitė įstatymus? Prognozės teorija perša teigiamą atsakymą, tačiau toks atsakymas neatitinka įprastinio mąstymo. Mums teisė yra ne tik tai, ką daro teisėjai, bet ir kriterijus tų teisėjų veiklai įvertinti. Veiklos teorija yra neišsami. Jos kritikai yra teisūs sakydami, kad ji yra „nuskurdinta" teisės teorija. Tačiau nuskurdinimas yra nežymus. Vos tik šiek tiek praturtinta prigimtinės teisės suvokimu, ji tampa pačia geriausia pozityviąja teisės teorija.

Penkta, prognozės teorija tikrai gali būti (nepaisant mano antrojo pastebėjimo) normatyvinė žemesniųjų teismų teisėjams, ypač jei teismų sistema labai vertina stabilumą. Šių teisėjų kruopštus teorijos laikymasis sukoncentruoja teismų diskretumą aukštesniuosiuose teismuose. Pastarųjų yra mažiau, jų teisėjai yra atidžiau parenkami nei žemesniųjų teismų ir turi platesnį akiratį, jų sprendimai atidžiau tikrinami; dėl visų šių priežasčių galima tikėtis, kad aukštesnieji teismai atsakingiau naudosis diskretumu.

Niurnbergas ir pozityvizmo ribos. Jau paminėta analizė yra susijusi su plačiai diskutuojamu klausimu, kuris ilgai atrodė esminis ginčuose apie tai, kas yra teisė, t. y. ar Niurnbergo didžiųjų karo nusikaltėlių Tribunolas buvo teisėtas[11]. Tribunolo taikytos normos buvo sukurtos tik tai progai, taigi, neegzistavo (kita forma nei etikos principai) tuo metu, kai kaltinamieji juos pažeidė; kaltinamieji veikė pagal nacių įstatymus ir dekretus, kurie buvo pripažinti galiojančiais Trečiajame Reiche. Nepakanka

[10] Tokį sprendimą teismas priėmė antroje byloje dėl vėliavos pagerbimo, aptartoje 4 skyriuje. Jis nepaisė *Gobitis* sprendimo, teisingai numatydamas, kad Aukščiausiasis Teismas panaikintų tokį sprendimą, ir pripažino negaliojančiu valstijos įstatymą dėl privalomo vėliavos pagerbimo. Žr. *Barnette v. West Virginia State Board of Education*, 47 F. Supp. 251 (S.D. W. Va. 1942).

[11] Puikią šiuolaikinę diskusiją žr. David Luban, „*The Leagacies of Nuremberg*", 54 Sicial Research, 1987, p. 779. Anksčiau paminėtas vertinimas priklauso N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, 1964, p. 154–178.

pasakyti, kad Niurnbergo tribunolo sprendimai yra teisė dėl to, jog Tribunolas yra teismas. Ar tai buvo teismas ir kuria prasme teismas yra sunkūs, galbūt neturintys atsakymo, klausimai. Negalime jo sprendimų laikyti įgaliotų individų veikla taip, kaip nacionalinių teismų atveju (net ir nacių teismų), nes negalime būti tikri, kas turėjo teisę suteikti tokius tarptautinius įgaliojimus. Jei teisės, kaip koncepcijų rinkinio, teorija atmetama (ką aš įrodinėjau), o veiklos koncepcija atkrinta savaime, klausimas, ar Niurnbergo sprendimai yra teisėti, neturi prasmės. Vietoje daužymosi galva į sieną turėtume apsvarstyti pragmatinį klausimą, ar buvo protinga nubausti nacių vadovus naudojant teisės formas. Mano nuomone, taip. Neįsivaizduojama, kad tiems monstrams būtų buvę leista vaikščioti laisviems. Todėl klausimą galimą performuluoti į tai, ar juos reikėjo nužudyti iš karto, ar po teismo proceso. Proceso, kuriam trūko tokių teisingo proceso elementų, kaip įspėjimas apie baudžiamąją atsakomybę, nešališkumas, vertė buvo ta, kad jis suteikė galimybę viešai fiksuoti savo darbą ir galimybę kaltinamiesiems pareikšti savo nuomonę, nors tokios galimybės ir buvo ribotos. Šiuo būdu jų moralinė kaltė buvo įtikinamiau parodyta pasauliui nei slapto susidorojimo atveju[12].

Po trisdešimties metų skaitant H. L. A. Harto ir Lono Fullerio ginčą dėl nacių įstatymų teisėtumo[13], mane sukrečia tai, kiek nedaug buvo sprendžiama. Hartas baiminasi, kad, jei teisė ir moralė bus vertinami kartu, nacių įstatymų moralinis pasmerkimas ištirps. Jis nenori, kad moralinius dalykus aptemdytų dėmesio perkėlimas į teisiškai skambančius klausimus, ar įstatymai tikrai buvo įstatymai; jis nenori, kad žmonės galvotų, jog jie turi moralinę pareigą laikytis bet kokio įstatymo, kurio teisinis galiojimas neginčijamas. Todėl jis siūlo žodį „įstatymas" laikyti sinonimu pozityviajai teisei, kuriai priklausė nacių įstatymai, tačiau nepriklausė Niurnbergo tribunolo taikyti principai. Fulleris buvo susirūpinęs, kad, jeigu teisė bus apibrėžiama plačiai – tiek plačiai, kad įtrauktų visus, net ir blogus, įstatymus, bet kartu ir siaurai, atmesdama prigimtinę teisę arba kaip nepriklausomą teisinių paslaugų šaltinį, arba kaip filtrą atrasti blogiems pozityviems įstatymams – gali būti suabejota Aukščiausiojo Teismo pateiktomis Konstitucijos interpretacijomis. Jis argumentuoja, kad, jeigu nacių įstatymai buvo teisė, tai nustatinėdami nacių piktadarybes, būsime priversti pripažinti kai kuriuos jų nuopelnus, pvz., ištikimybę. Tačiau kaip visiškai amoralūs įstatymai gali duoti pagrindą net ir labiausiai kvalifikuotam moraliniam reikalavimui paklūsti įstatymams? Visgi Fulleris pabrėžia ne nacių įstatymų amoralumą, o jų procesinį nukrypimą nuo normos, ypač slaptumo srityje. Akcentas yra įdomus jau vien tuo, kad dauguma nacių įstatymų, įskaitant Niurnbergo rasių taisyklę, buvo vieši ir

[12] Shklar, *op. cit.* 11, pabrėžia papildomus ne mažiau pragmatiškus sumetimus: Niurnbergo tribunolo auklėjamąjį poveikį Vokietijos visuomenei ir reglamentuoto atpildo pranašumus prieš spontanišką kerštą.

[13] Žr. H. L. Hart, *„Positivism and the Separation of Law and Morals"*, 71 Harvard Law Review, 1958, p. 593, 615–621; Lon. L. Fuller, *„Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart"*, 71 Harvard Law Review, 1958, p. 630, 632–633, 648–657.

reguliarūs. Jis rodo teisininkų tikėjimą procesu[14] (nors tai pašalinis klausimas diskusijoje) ir įtikinamu apibrėžimu; Fulleris nori „pasmerkti [neteisingus sprendimus] gramatinei mirčiai per apibrėžimu pagrįstą vykdymą"[15].

Fullerio akcentas į JAV Konstituciją mums atskleidžia, kad jo ginčas su Hartu – ginčas tarp amerikiečio ir anglo – buvo ir kultūrinis, ir intelektinis. Kadangi Jungtinės Valstijos turi teismuose tiesiogiai taikomą Konstituciją, kurioje yra ir bendro pobūdžio garantijų, kaip lygi teisė į gynybą ir teismo proceso teisėtumas, ir specifinių draudimų bei garantijų, o Anglija neturi nei rašytinės Konstitucijos, nei įstatymų teismo priežiūros praktikos, visiškai amoralūs įstatymai Jungtinėse Valstijose bus pripažinti neteisėtais, o Didžiojoje Britanijoje viso labo – giliai amoraliais. Teisės ir moralės susipynimas dviejose šalyse yra skirtingas.

Aš nesutinku nei su Hartu, nei su Fulleriu. Žodis „teisė" yra dažnai visai nekenksmingai vartojamas apibrėžti ir pozityviajai teisei su visomis jos ydomis, ir prigimtinei teisei[16] (kuri, galima sakyti, apytiksliai yra esminė politinė moralė). Žmogžudystė yra tyčinis neteisėtas žudymas, tačiau be jokios semantinės įtampos sakome, kad naciai atsako už žydų žudynes, nors žudymai buvo leidžiami nacių pozityviosios teisės[17]. Nėra prieštaravimo posakyje, kad naciai laikėsi pozityviosios teisės, bet pažeidinėjo prigimtinę teisę. Daugelis teisininkų, priešingai Fulleriui, pripažįsta, kad net

[14] Prisiminkite Frankfurterio citatą 2 skyriuje. Šiam tikėjimui Fulleris suteikia specifinį atspalvį, teigdamas, kad skrupulingas teisės formų laikymasis ne tik minimizuoja klaidas teisės taikyme, bet ir veda į gerą teisę. Tačiau Shklar, op. cit. 11, p. 17, yra teisi sakydama, jog „procedūriškai „korektiška" represija yra visiškai suderinama su legalizmu". Žr. taip pat p. 209. Įstatymų dėl pabėgusių vergų ir kitų įstatymų dėl vergovės praktika Jungtinėse Valstijose iki Pilietinio karo tą demonstruoja. Kalbėdama apie tai, ar teisinis pozityvizmas gali neleisti teisėjams nukrypti, Shklar pažymi, kad Vokietijos „oficialiosios klasių, ypač teisėjų, pozityvizmas nepaskatino pripažinti ir taikyti Veimaro Respublikos teisės. Faktiškai jie sabotavo ją be jokios legalistinės graužaties. Naujosios tvarkos pozityvizmas pradėtas minėti tik atsiradus palankesniam norui prisitaikyti prie Hitlerio". *Idem*, p. 72. Tačiau tolesniuose skyriuose argumentuosiu, kodėl vienas tradicinio legalizmo aspektas, atrodo, skatina laisvę ir mažumų apsaugą – valdymo bendrosiomis normomis principas, kuris yra nutolęs nuo personalinio, diskretiško teisingumo.

[15] Shklar, *op. cit.* 11, p. 107.

[16] Tai reikalauja paaiškinimo: prigimtinė teisė negali pakeisti pozityviosios teisės visose teisinėse diskusijose. Pavyzdžiui, jei iš dviejų teisėjų vienas šiek tiek geriau išmanytų pozityviąją teisę, tačiau daug mažiau už kitą žinotų apie prigimtinės teisės šaltinius, tradiciją ir turinį, būtų pernelyg keista pasakyti, kad antrasis daugiau žino apie teisę už pirmąjį, arba paneigti, kad pirmasis geriau išmano teisę už antrąjį. Galime sakyti, kad antrasis teisėjas yra geresnis, nors jis ir neturi tiek pat žinių apie teisę, tačiau tai būtų visai skirtingas dalykas. Teisės žinių klausimas yra klausimas apie pozityviąją teisę galbūt dėl to, jog advokato ir teisėjo išskirtinės žinios yra pozityviosios teisės žinios, o ne politinės ar kitokios moralinės žinios. Be to, mes esame labiau linkę apibūdinti teisėją kaip jautrų moraliniams savo sprendimų aspektams, o ne kaip daug žinantį apie moralę. Moralė savaime orientuota į veiksmą, bet ne pažintine prasme (žr. 2 skyrių), yra praktinio proto klausimas, nors Platonas su tuo nesutiko. 12 skyriuje atkreipsiu dėmesį į šiuolaikinio požiūrio išimtį.

[17] Galutinį įsakymą naikinti žydus greičiausiai žodžiu nurodė Hitleris, tačiau jo žodiniai nurodymai pagal Trečiojo Reicho „pripažinimo taisyklę" priklausė pozityviajai teisei. Plg. Luban, *op. cit.* 11, p. 795–796.

šlykščiai neteisingi įstatymai yra prasminga „teisė"[18], arba kad Konstitucijos aiškinimas leidžia teismams panaudoti prigimtinės teisės principus pozityviajai teisei pripažinti negaliojančia. Niekas nesirengia pripažinti nacių nuopelnų už indėlį į teisės viešpatavimo užtikrinimą. Jei būtų priimta Konstitucijos pataisa, numatanti juodaodžių vergovės atstatymą arba jų deportavimą į Afriką, ją pritaikę federaliniai teisėjai negalėtų sulaukti moralinio pateisinimo už nuorodą, kad jie vykdė galiojančią pozityviąją teisę[19]. Nelankstus pozityviosios teisės laikymasis paverčia teisės viešpatavimo vertybes – reguliarumą, nuspėjamumą, nešališkumą, pasiaukojimą – groteskiškomis, parodijuojamomis ar nežmogiškomis ir tuo gali labiau paneigti teisės viešpatavimą nei atnešti šlovę savo šalininkams.Vienintelis pavojus vartojant teisės terminologiją nacių dekretų ir teismų sprendimų moralinei pusei analizuoti yra įsivaizdavimas, kad arba nacių įstatymai, arba Niurnbergo tribunolo principai yra tipinis pavyzdys to, ką vadiname „teise", arba įsivaizdavimas, kad įmanoma rasti atsakymą, katras iš dviejų teisės modelių tikrai yra teisė.

Tolerantiškas žodžių „teisė" ir „teisėtas" vartojimas, kuris apima ir ydingą pozityviąją teisę, ir prigimtinę teisę, yra ne tik nekenksmingas, bet ir naudingas. Jo atsisakymas reikštų, kad, pripažinęs abiejų ginčo šalių argumentus vienodai svariais, teisėjas turėtų nutraukti bylą argumentuodamas, kad teisiškai byla yra neišsprendžiama. Arba tai reikštų, kad sudėtingoje byloje advokatas tam tikru metu turėtų tarti: „Teisėjau, mes išsėmėme teisinius argumentus; dabar pakalbėkime apie neteisinius sumetimus, kurie turėtų daryti įtaką sprendimui", arba „Teisėjau, mes atlikome daug tyrimų, tačiau nėra šiai bylai taikytino įstatymo, todėl eikime namo"[20]. Mūsų šalyje nusistovėjęs požiūris reikalauja (ir teisingai, kuo mes mėginame įsitikinti šiuo metu), kad teisėjai geriausiai išspręstų net ir pačias sudėtingiausias bylas su sąlyga, jei tos bylos yra realios ir priklauso teisėjų jurisdikcijai. Iš to seka, kad bet kokie svarstymai, susiję su bylos sprendimu, yra teisėtas indėlis į „teisės" gamybą atsižvelgiant į tai, ar jų šaltinis būtų pozityviojoje, ar prigimtinėje teisėje, ir kad „neteisėtu" gali būti pripažintas (nepaneigiant kritikavimo galimybės) tik visiškai kvailas teisėjo sprendimas.

Būtų galima ginčytis dėl to, kad, jei teisinis klausimas yra tiek neapibrėžtas, jog nėra aiškiai teisingo sprendimo, atsakovas neturėtų būti verčiamas padengti nuostolius ar apmokėti kitokias išlaidas. Tačiau kodėl turi būti tokia ryški asimetrija tarp ieškovo ir atsakovo teisių? Net jei ji ir turi būti, tai nereiškia, kad beveik lygių šansų

[18] Žr., pavyzdžiui, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, p. 363–366, 367 n. Xii.

[19] Teisėjo, kaip nepriklausomo moralinio agento, atskaitingo už savo sprendimus ir neturinčio teisės slėptis už įstatymų kūrėjų ir netgi „tautos" nugarų, idėją pabrėžia Robert M. Cover, *„Violence and the Word"*, 95 Yale Law Journal, 1986, p. 1601, ir Robin L. West, *„Adjudication is Not Interpretation: Some Reservations about the Law-as-Literature Movement"*, 54 Tennessee Law Review, 1987, p. 203.

[20] Už šiuos pavyzdžius esu skolingas A. W. Brian Simpson už apžvalgą (neišspausdintą) apie Ronaldo Dworkino knygą *Law's Empire*.

Administracinės procedūros įstatymas mini kategoriją bylų, kuriose nėra taikytinos teisės, žr. 5 U.S.C. §701(a)(2), tačiau tai nereiškia, jog administracinė agentūra elgiasi neteisėtai, bet tik tai, kad agentūros atliekamas diskretiškumas teismo nepatikrinamas (bylos yra patikimos agentūros diskretiškumui).

bylą nepalankiai atsakovui išsprendęs teisėjas pasielgė neteisėtai. Abejotinas ar netgi klaidingas sprendimas nėra neteisėtas. Suteikti jam tokį pavadinimą reiškia mėginti išspręsti jį įtikinamu apibrėžimu, kas yra visiškai politinės teorijos klausimas. Lygiai taip pat pavadinti sprendimą teisėtu reiškia atmesti įsitikinimą, kad už pozityviosios teisės normų egzistuoja labai objektyvios teisės normos.

Yra dar rimtesnis argumentas prieš atsisakymą priimti sprendimus beveik lygių šansų byloje: tai pakeistų neapsisprendimo ribos vietą. Buvusi šioje ribos pusėje byla galėtų atsidurti ties riba. Teisė stengsis atsiskleisti, nes kiekviena teisėjų sukurta doktrina, *common law* ar interpretacinė, kažkada prasidėjo nuo „egzistuojančios teisės" ribos peržengimo.

Mūsų mąstymas apie teisę yra linkęs laikinai atskirti ją nuo teisinio ginčo sprendimo, tačiau taip mes darome klaidą (kylančią iš klaidingo teisės kaip koncepcijos, o ne veiklos suvokimo), manydami, kad teisė egzistuoja atskirai nuo proceso, kuriuo teisės subjektams priskiriamos teisinės pareigos ir sankcijos. Atvirkštinė seka yra aiškesnė. Visuomenėje kunkuliuoja konfliktai ir ginčai ir tam tikriems ginčams visuomenė nutarė esant tikslinga sukurti nuolatinių pareigūnų tinklą, kurie juos spręstų pagal oficialias normas. Tai yra teisėjai, o jų užduotis yra išspręsti ginčus taip, kad apgintų šias normas ir svarbiausia patenkintų socialinius poreikius. Kad suteiktų procesui reikiamą reguliarumą ir nuspėjamumą, įstatymų kūrėjai teisėjams sukūrė taikytinas taisykles, o teisėjai susikūrė savo taisykles įstatymų spragoms (kurios kartais yra didžiulės) užpildyti; jei įstatymų leidyba neegzistuoja, teisėjai visas normas susikuria patys. (Tačiau dėl 4 skyriuje pabrėžtų priežasčių teisėjai jokiomis aplinkybėmis netampa tiesioginiais įstatymų rengėjais.) Paprastai svarbiausias dalykas yra išspręsti ginčą. Bet ne visuomet: kartais pats geriausias sprendimas, ypač kai sprendimo taisyklės neaiškios, yra leisti kurį laiką ginčui pakunkuliuoti. Visgi daugelis ginčų turi būti išsprendžiami iš karto, net jei taisyklės nėra aiškios arba turi būti sukurtos staiga. Tokiu atveju teisėjai meta visas pastangas, panaudodami bet kokią informaciją ir įžvalgas, kurias jiems pateikia advokatai arba kurias jie gali išpešti iš perskaitytos literatūros ir savo praktikos. Šį nesutvarkytą, netikslų procesą mes vadiname „teise". Ji gali daryti įtaką, nors ir nedidelę, „moralinės teisės" plėtrai, tačiau savo ruožtu teismų sprendimų moralinė kritika gali priversti teisėjus pakeisti teisės doktriną. Taigi, yra sudėtingai susipynusios pozityvioji ir prigimtinė teisė, arba, jei kam labiau patinka, teisė ir moralė[21].

Teisėjai, kurie ypač rūpinasi teismų prestižu, yra linkę nespręsti sudėtingų, neaiškių bylų. Tokie teisėjai yra panašūs į generolus, kurie nenori pradėti mūšio, jei nėra šimtu procentų tikri savo pergale. Būtent pačioms sudėtingiausioms bei neaiškiausioms byloms spręsti teisėjai ir yra skiriami. Priversti spręsti tokias bylas daugelis teisėjų sau ir aplinkiniams apsimeta, kad jų sprendimas yra lyg dukart du yra keturi, todėl nesutinkantys su sprendimu yra tiesiog bepročiai. Arba teisėjai teigia pasirinkę Teisingumą prieš Neteisybę, todėl nesutinkantys yra moraliniai bukagalviai. Iš tikrųjų jie greičiausiai yra įsivėlę į tokį pat asmeninės patirties ir temperamento smarkiai

[21] Teisinio ir moralinio mąstymo panašumus pabrėžia Shklar, *op. cit.* 11, p. 60–62.

veikiamą nerezultatyvų praktinį mąstymą, kuriuo naudojasi prisiekusieji, politikai ir valstybės tarnautojai savo sprendimams priimti. Teisėjų atveju skirtumas yra tas, kad jų paskatos yra šiek tiek „grynesnės" nei daugelio kitų pareigūnų, kad jie turi advokato patirties, kad jie skaito plačiajai visuomenei nežinomą ir nesuprantamą teisės literatūrą ir kad statutas reikalauja iš jų (kitaip nei iš daugelio kitų valstybės tarnautojų) rašytinio svarbiausių sprendimų pagrindimo. Paskutinis reikalavimas suteikia jų veiklai tam tikro mąstymo gilumo, kaip ir kiti teismų sprendimų procesiniai suvaržymai bei teismų darbo sąlygos.

Mano peršama teismo funkcijų koncepcija menkina jų reikšmę – galbūt menkina tiek, kad gali kilti klausimas, kodėl egzistuoja moralinė pareiga laikytis teismo sprendimų[22] ir netgi kodėl apskritai reikia gerbti teismą. Vienas atsakymas yra tas, jog tol, kol teisėjai yra sąžiningi ir orūs ir neišsišoka pernelyg iš dominuojančios viešosios nuomonės, visuomenė gerbs teismus kaip sudedamąją dalį vyriausybės sistemos, kuri mums tarnauja ne taip jau blogai arba geriau už galimas alternatyvas. Galime nesutikti su konkrečiu sprendimu, tačiau, jei vertiname nepriklausomus teismus, turime sugebėti nuryti ir kartesnį kąsnį. Kitas atsakymas yra tas, kad teisėjai tik įsivaizduoja, jog pagarba teismams turi didelę įtaką visuomenės pagarbai įstatymams. Daugelis žmonių yra menkai informuoti ir nesidomi teismais, ypač tais, dėl kurių advokatai daugiausia nerimauja – apeliaciniais teismais. Teisės laikymasis yra labiau paskatų reikalas negu pagarbos.

Kyla įdomus analitinis klausimas, ar gali būti moralinė pareiga laikytis pozityviosios teisės, kuri nėra išplėtota prigimtinėje teisėje. Argumentas prieš tokią moralinę pareigą yra aiškus: moralinė pareiga yra įsipareigojimas laikytis tam tikrų moralės normų arba įvykdyti tam tikrus valinius sumanymus (pavyzdžiui, pažadus), susijusius su moraline pareiga. Tačiau pozityviajai teisei, pozityvistų nuomone, moralės pagrindas nėra būtinas ir realistiškai vertinant jai neprivalo pritarti tie subjektai, kurie turi jai paklusti. Pozityvistų argumentas už moralinę pareigą laikytis teisės turi numanomą sutartinę formą: geriau savanoriškai paklusti visiems įstatymams (sutaupant teisės įgyvendinimo kaštus) negu pasirinkti tik kai kuriuos iš jų; taigi, *ex ante* – konstitucinėje stadijoje ar pradinėje pozicijoje – mes susitariame dėl teisės laikymosi. Tuo tarpu žodžiai „pasirinkti tik kai kuriuos" turi kauliukų metimo elementą. Iškyla klausimas, ar nereikėtų atsisakyti moralinio vertinimo tų įstatymų atžvilgiu, kurie, pozityvistų teigimu, turi tik atsitiktinį santykį su morale. Jei konkretus įstatymas pasirodo amoralus, sunku suprasti, kaip pareiga jo laikytis galėtų būti išvesta iš fakto, kad savanoriškas laikymasis sutaupo įgyvendinimo kaštų, jeigu didžiausia vertė nebus suteikta visuomeninei tvarkai. Toliau laikantis to paties vertinimo, nėra aišku, kodėl turėtume stabdyti žmones nuo moralinio įstatymų vertinimo ir veikimo vadovaujantis tuo vertinimu. Spaudžiama šių pastebėjimų, moralinė pareiga laikytis įstatymų bendros naudos ir socialinio kontrakto sumetimais pereina į silpną, lengvai sugriaunamą pareigą laikytis tų įstatymų, kurie nėra žeidžiantys moraliai.

[22] Gerą diskusiją šiuo klausimu žr. Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, 1987, pt. 2.

Netiesiogiai aptariau atvejus, kai teisės nesilaikymas nesuteikia pažeidėjui naudos kitų sąskaita. Tačiau net tuo atveju, kai įstatymas, kurio nesilaikote, yra kvailas ar ydingas, jei nesilaikymu siekiate pranašumo prieš tuos, kurie laikosi įstatymo, jūsų elgesys yra amoralus. Jūs demonstruojate požiūrį, kurį Aristotelis pavadino *pleonexia* – norėjimas daugiau, negu tau priklausanti dalis, ir kurią korekcinės teisės sistema stengiasi kontroliuoti (žr. 11 skyrių).

Kadangi teisės nesilaikantis teisėjas veikia ne savo asmeniniais interesais, kokiu pagrindu galėtume teigti, kad teisėjas turi moralinę pareigą laikytis teisės normų, įgyvendindamas jo jurisdikcijai priklausančias taisykles? Keldamas šį klausimą, aš atkreipiu dėmesį į užmirštamą teisėjo priesaikos funkciją. Iškilmingas pasižadėjimas be baimės ir nešališkai taikyti įstatymus sustiprina bendrą moralinę pareigą laikytis įstatymų, aiškesnę moralinę pareigą vykdyti savo pažadus. Tačiau kas iš tikrųjų yra pažadas? Ar tai yra pažadas visapusiškai taikyti pozityviąją teisę, ar pažadas vykdyti teisingumą? Tikriausiai tai yra pažadas vykdyti „teisingumą pagal įstatymą". Bet tokia formulė gali kartais leisti pozityviajai teisei nusileisti prigimtinei teisei.

Dar reikia pastebėti, kad pažadai retai yra absoliutūs, paprastai jų galima atsisakyti. Mes duodame daug pažadų, kurie gali prieštarauti vienas kitam ir priversti mus pasirinkti.

Ar argumentas dėl moralinės pareigos laikytis pozityviosios teisės įtikina, ar ne, ir kokia bebūtų tokios pareigos tiksli apimtis, tūkstančių metų senumo užsiėmimas nustatyti prigimtinės teisės, aptariančios pozityviąją teisę[23], egzistavimą ir turinį yra beviltiškas dabartinėje Amerikos visuomenėje. Jei šios nesėkmės rezultatas yra sumažėjęs moralinės pareigos laikytis įstatymų jausmas, tai taip ir turės būti. Netgi terminas „prigimtinė teisė" yra anachronizmas. Dauguma išsilavinusių amerikiečių tiki, kad gamta yra Darwino kovos už būvį amorali scena. Kartais mėginama iš taip suprantamos gamtos išvesti socialines normas[24], bet nepanašu, jog tai pasisektų. Tiesa, kad daugybė plačiai pripažintų normų, įskaitant pažadų laikymąsi, bjaurėjimąsi nepateisinamu žmonių žudymu, gal netgi nuosavybės teisės šventumą, skatina žmonijos prisitaikymą prie aplinkos. Bet lygiai taip pat ir genocidas. Tam tikrose ribose kitų rūšių gyvūnų naikinimas išplečia žmogaus genus, kaip ir kitą rasę išnaikinusi rasė išplečia savo narių genus. Jei nacių geopolitinės ambicijos būtų pasiteisinusios, Hitleris būtų pelnęs šlovę tų, kurie tiki, kad darvinizmas yra moralės normų šaltinis. Mes nesižavime žmogaus elgesiu vien dėl to, kad jis vykdo genetinę programą. Žinoma, yra alternatyvių Darwinui gamtos

[23] Šiuolaikines prigimtinės teisės teorijas išsamiai ir palankiai nagrinėja Deryck Beyleveld ir Roger Bronwnsword, *Law as a Moral Judgment*, 1986.

[24] Naujausius bandymus žr. Richard A. Epstein, „*The Utilitarian Foundations of Natural Law*", 12 Harvard Journal of Law and Public Policy, 1989, p. 713; Peter Railton, „*Moral Realism*", 95 Philosophical Review, 1986, p. 163. Geriausiai žinomi bandymai priklauso Herbertui Spenceriui, kurio socialinis darvinizmas padarė įtaką Amerikos teisei 19 a. pabaigoje–20 a. pradžioje. Žr. Arthur L. Harding, „*The Ghost of Herbert Spencer: A Darwinian Concept of Law*", in *Origins of the Natural Law Tradition*, Harding ed., 1954, p. 69. Apie socialinį darvinizmą apskritai žr. įdomią diskusiją in Michael Ruse, *Taking Darwin Seriously: A Naturalistic Approach to Philsophy*, 1986, p. 73–82.

koncepcijų, iš kurių tinkamas pavyzdys galėtų būti Platonas, teigęs, kad moralės normos yra dalis visatos elementų. Tačiau dabartinis pasaulio intelektas tvirtina, kad Platono ir jo pasekėjo Christiano „geros" gamtos sąvoka yra neįtikinama.

Moralinio objektyvumo pagrindinė problema yra ta, kad nėra nei faktų, kuriuos atitiktų moralės principai (kaip moksliniai principai, pavyzdžiui, atitinka gamtos reiškinius), nei aiškios tendencijos į moralės principų susiliejimą. Nedidelė moralės principų dalis, pavyzdžiui, visuomenės narių žudymo smerkimas, yra esminiai socialiniam egzistavimui, tačiau likusieji principai yra sutartinio pobūdžio ir susiję su kultūra kur kas labiau nei moksliniai principai[25].

Jei atmesime gamtą ir kitus galimus ontologiškai objektyvius moralės principus, t. y. principus, kurie slypi „ten kažkur", stipriai „prigimtinei teisei" (čia terminas vartojimas neteisingai) reikalinga sąlyga yra visuomenės narių sutarimas dėl moralės principų iki tokio detalumo lygio, kuris leidžia iš šių principų išvesti teisės kodeksą. Šis sutarimas gali atsirasti arba dėl vienodų religinių įsitikinimų, arba dėl kultūrinio homogeniškumo ir kitokio ideologinio prisirišimo. Daugelis amerikiečių sutaria, kad žudymas yra blogai, naciai buvo blogi, kraujomaiša yra blogai, diskriminacija yra blogai, tačiau šitų sutarimo dalykų yra per maža visapusiškai teisių ir pareigų sistemai apibrėžti. Tokioje visuomenėje prigimtinės teisės teoretikai yra pasmerkti triuškinančiai kritikai[26].

Šiuo atveju yra nesvarbu, ar esi moralinis realistas, ar konvencionalistas, ar dar kas nors. Jei bendruomenė yra moraliai heterogeniška, moralės principai veikia kaip argumentai, bet ne kaip kriterijai, todėl tokiu atveju geriau kalbėti apie prigimtinės teisės nuostatas, o ne tiesiog apie prigimtinę teisę. Tai nėra „viskas tinka" reliatyvizmas, o tik pripažinimas, kad heterogeniškoje visuomenėje moraliniai disputai negali būti išspręsti taikiomis priemonėmis. Šia prasme teisinės priemonės nebūtinai yra taikios. Jei teisinis sprendimas nekyla iš moralinio konsensuso, jis negali pakilti aukščiau už jį remiančią ginkluotą jėgą.

Moralinio nesutarimo atveju emocinį krūvį turinčio termino „prigimtinė teisė" vartojimas pirmiausia paveikia retorinį tikslą pateikti savo asmeniškai įsivaizduojamą tei-

[25] Cf. R. M. Hare, „*Ontology in Ethics*", in *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, Ted Honderich ed., 1985, p. 39. Stiprius argumentus (priešingus mano užimamai pozicijai) už mokslinį ir moralinį realizmą žr. Richard N. Boyd, „*How to Be a Moral Realist*" in *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord ed., 1988, p. 181. Apskritai apie moralinio realizmo (absoliutizmo, objektyvizmo) ir moralinio (etinio) reliatyvizmo santykį, be jau minėtų esė rinkinių, žr. šiuos rinkinius: *Relativism: Interpretation and Confrontation*, Michael Krausz ed., 1989; *Rationality and Relativism*, Martin Hollis and Steven Lukes eds., 1982; *Ethical Relativism*, John Ladd ed., 1973.

[26] Žr., pavyzdžiui, Lloyd L. Weinreb, Natural Law and Justice, 1987, sk. 4–8. Michael Moore, „Moral Reality", 1982 Wisconsin law Review, p. 1061, atliko puikų darbą, apibendrindamas visus prieštaravimus objektyvių moralinių normų egzistavimui, tačiau jo pastangos paneigti tuos prieštaravimus yra silpnos, beveik tik paviršutiniškos. Jos apsiriboja kartojamu pastebėjimu, jog kai kurie moraliniai teiginiai yra tokie pat tvirti, kaip ir faktiniai. Tai yra tiesa, tačiau nenaudinga, nes tie moraliniai teiginiai negali atsakyti į prieštaringus teisinius klausimus. Teiginys, kad holokaustas buvo nusikaltimas žmogiškumui (tarp kitko, tai nėra teiginys, kuris sukeltų viso pasaulio konsensusą), nesuformuos atsakymo į klausimą, ar abortas yra moraliai klaidingas.

sę ir mums nepatinkančios teisės poziciją. Tiek, kiek pajėgiame suformuluoti savo politines nuostatas moraline kalba, galime sakyti, kad prigimtinė teisė, kaip tokių politinių nuostatų visuma, daro įtaką pozityviajai teisei. „Tai yra medžiaga, iš kurios audžiama žmonių arba pozityvioji teisė, kai kita medžiaga nepasiteisina“[27]. Tačiau kaip dažnai konfliktuojančių principų saugykla prigimtinė teisė negali išspręsti sudėtingų klausimų.

Aš neteigiu, kad nė vienas iš mūsų moralinių įsitikinimų nėra kažkas daugiau nei asmeninė nuomonė. Daugelis tų įsitikinimų yra taip pat tvirtai pagrįsti kaip ir mūsų episteminis tikrumas, ką aš jau pastebėjau kalbėdamas apie Arthuro Leffo moralinį skepticizmą. Todėl nemaniau, jog reikėtų sustoti ir paaiškinti, kodėl pavadinau nacius „monstrais“; paaiškinimas iš tiesų nepridėtų nieko įdomaus prie paprasto pareiškimo. Moraliniai įsitikinimai, kurių tvirtai laikomės, neįgis jokios analitinės galios nuo to, jei bus pavadinti „prigimtine teise“; teisės formų panaudojimo prieš nacius priežasčių reikia ieškoti kitur. Ginčijami moraliniai įsitikinimai nesukuria analitinės galios dėl to, kad yra pateikiami kaip prigimtinės teisės teiginiai.

Teigdamas, kad Harto ir Fullerio ginčas buvo dėl menkų dalykų, turiu omenyje būtent tai, jog analitiniai statymai buvo maži. Ginčai dėl abejotinos ontologijos dalykų arba, kas yra vienas ir tas pats, dėl neapibrėžiamų žodžių reikšmės gali sukelti didžiulių pasekmių „realiame“ pasaulyje, pavyzdžiui, sukelti religinį karą. Nesunku suprasti, kad žmonės, kurie tiki prigimtine teise, kaip nuoseklių, apibrėžtų ir suvokiamų paliepimų visuma, nenori sutikti su konstitucijos tekstų, istorijos ar precedentų diktuojamais trukdymais, kaip ir nacių režimo pozityviajai teisei buvo neleista sutrukdyti Niurnbergo proceso. Harto ir Fullerio ginčo įdomumas yra tas, kad ginčo šalys, atrodo, neturėjo jokių esminių nesutarimų. Jie nesutarė dėl retorikos, kuria galėtų išreikšti bendrai suvokiamas vertybes. Iš esmės ginčas buvo pragmatinis. Šalių pagrindinis rūpestis buvo nustatyti, kuris žodynas – pozityviosios ar prigimtinės teisės – labiau prisideda prie tų vertybių realizavimo. Tai yra nereikalingas pasirinkimas. Iš esmės pozityvus mūsų diskursas turi pakankamai prigimtinės teisės atspaudų, kad suteiktų visą reikalingą retorinį lankstumą.

Harto ir Fullerio ginčo nagrinėjimas atskleidžia du teisės, kaip veiklos, teorijos trūkumus. Pirma, jei terminas „prigimtinė teisė“ yra priimtinas, kaip aš įrodinėjau, apibūdinti tiems (keliems) etiniams ir politiniams principams, kurie valdo konsensusą ir todėl atrodo tokie pat ar net labiau imperatyvūs nei pozityvioji teisė, ir jei atsižvelgsime į etinius sumetimus, kurie nusveria sprendimus lygių šansų bylose, tuomet gausime tokią teisės koncepciją, kurioje teisė yra daugiau nei veikla. Nes kieno gi veikimu sukuriama prigimtinė teisė? Neįmanoma nurodyti nė vieno diplomuoto profesionalo. Tokioje schemoje tinka teisės, kaip papročio ar tradicijos, o ne profesinės veiklos, koncepcija arba tiksliau kaip profesinės veiklos, kurią formuoja ir riboja papročiai, tradicijos, bendruomenės jausmai ir kt. koncepcija.

Antras ir artimai susijęs trūkumas yra tas, kad šis ginčas iškelia klausimą, kaip nustatyti, kada pozityviąją teisę kurti įgaliotas profesionalas veikia savo įgaliojimų ri-

[27] Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 132.

bose. Jei sakome, kad naciai „žudė" žydus, ar tai nėra lygiavertiška pasakymui, kad nacių teisėjai, prokurorai, bausmių vykdytojai ir kt. viršijo savo veiklos įgaliojimų ribas? Jei taip, tuomet tai reiškia, kad kriterijai, kada asmuo turi įgaliojimus kurti teisę, yra nustatomi už teisinės veiklos ribų. Apie šią problemą esu užsiminęs anksčiau, kai sakiau, jog teisėjo sprendimas turi būti visiškai idiotiškas, kad būtų pripažintas neteisėtu. Jei jis tiek idiotiškas, kad net neteisėtas, ką tai pasako apie kriterijus nustatant, kas yra teisė? Ką reiškia „idiotiškas" šiame kontekste? Greičiausiai kai kurios teisėjo išvados sudėtingai bylai išspręsti peržengia ribas, tačiau kas nustato ribas? Prigimtinės teisės reikšmė slypi galbūt ne jos sugebėjime išspręsti normalius civilizuotoje teisės sistemoje iškylančius klausimus, o jos suteikiamoje pagalboje nustatant, kas yra civilizuota teisės sistema.

Jei tai tiesa, tuomet ar kategorijos „pozityvioji teisė" bei „prigimtinė teisė" nėra praradusios savo naudingumo? Būdama pareigų, teisių ir galių šaltinis teisė geriausiai apibūdintina kaip įgaliotų profesionalų (teisėjų ir advokatų) veikla, įsprausta į neaiškias, tačiau galingas profesinio padorumo normas, kurios remiasi socialiniu tinkamumu arba ilgalaike viešąja nuomone. Pozityviosios teisės ir prigimtinės teisės medžiaga yra indėlis į veiklą, kurią vadiname teise.

Šiame bendrybės lygyje Ronaldo Dworkino teisės koncepcija sutampa su manąja. Atmesdamas teisinį pozityvizmą ir pabrėždamas tuos pačius teisinio mąstymo elementus, kuriuos pabrėžia ir prigimtinės teisės šalininkai, Dworkinas yra atsargus ir nepriskiria savęs prie prigimtinės teisės rėmėjų. Jis akivaizdžiai nori išvengti primityvios dichotomijos. Pats bendriausias jo argumentas yra tas, kad teisėjas stengiasi sugalvoti geriausią sprendimą, remdamasis įvairia turima informacija – ne tik precedentais, įstatymų normomis ir kitais akivaizdžiai „teisės" šaltiniais, bet ir politinės moralės elementais. Tai yra tikslus Amerikos teisėjo portretas, ir aš sutinku su Dworkinu, kad toks portretas nereiškia neteisėtumo. Tačiau nesutinku, kad teisėjas elgiasi neteisėtai, kai leidžia „principais" pagrįstoms „teisėms" nusileisti „politikai", kurią Dworkinas apibrėžia kaip kolektyvinį tikslą. Daugelis kolektyvinių tikslų, pradedant nacionaliniu išlikimu bei viešąja tvarka ir baigiant gerove bei socialiniu saugumu, yra ne mažiau giliai įsišakniję į mūsų politinę moralę kaip ir principai, jog lygūs turi turėti lygias galimybes arba jog niekam negali būti leista pasipelnyti iš savo neteisėto elgesio. Atskirti politiką nuo principų ir susieti teises su pastaraisiais, bet ne su politika, yra savavalis sprendimas. Nėra jokio pagrindo pašalinti kolektyvinius tikslus iš teisių apimties nustatymo.

Holmesas, Nietzsche ir pragmatizmas

Holmesas parašė *The Common Law* tik keliais metais anksčiau, nei Nietzsche – žymųjį veikalą *On the Genealogy of Morals.* Abu autoriai panaudojo veiksmingą – genealoginį – skeptiškos analizės metodą. „Geneologijoje" ir kituose darbuose Nietzsche stengėsi paneigti ontologinį krikščioniškosios moralės statusą, teigdamas, jog moraliniai įsitikinimai atspindi dominuojančių bendruomenės grupių poreikius ir aplinkybes. Kitais žo-

džiais, moralė yra reliatyvi, o ne absoliuti; faktiškai moralė yra viešoji nuomonė. *The Common Law* tą patį padarė teisėje. Ieškodamas teisės doktrinų ištakų ir taip susiedamas kiekvieną doktriną su jos socialinėmis aplinkybėmis, Holmesas parodė, kaip absurdiška yra manyti, kad teisės doktrinos yra nekintamos formalios koncepcijos, prilygstančios Pitagoro teoremai, ką teigė Holmeso kritikuojami 19 a. formalistai. Jis sustiprino etinio reliatyvizmo pamoką, paversdamas teisę dominuojančia viešąja nuomone, panašiai kaip Nietzsche ja pavertė moralę[28].

Genealoginė technika teisėje ir toliau lieka veiksminga. Dažnai, ieškant precedentų sekos ištakų, atrandama, kad pirmasis sekos precedentas tėra neargumentuotas tvirtinimas, o kiti tiesiog cituoja pirmąjį ir taip iki paties naujausio. Šiuo būdu geneologinė technika gali parodyti, kad taisyklė, kuri atrodė tvirtai paremta precedentu, iš tikrųjų visiškai neturi tvirto pamato. Arba ji gali parodyti, kaip, Nietzsche's žodžiais, „daikto kilmės priežastis ir jo vėlesnis naudingumas, panaudojimas bei vieta tikslų sistemoje priklauso skirtingiems pasauliams; visa, kas kažkokiu būdu pradėjo egzistuoti, yra nuolat ir nuolat pritaikoma naujiems tikslams"[29].

Nietzsche, žinoma, nebuvo vienintelis 19 a. genealogas. Aukštesnio lygio Biblijos kritika (t. y. jos autorystės kritinis tyrimas), žmogaus kilmės iš žemesnio išsivystymo gyvūnų nustatymas ir Marxo istorijos teorija yra svarbūs 19 a. polinkio naudoti istoriją kovai prieš esmines ir transcendentines sąvokas pavyzdžiai. Tačiau Nietzsche's ekspozė apie krikščionybės kilmę gali būti artimiausia Holmeso nuopelnų teisėje paralelė, nors abiejų autorių požiūris į turinio dalykus buvo skirtingas (ir dar didesni, žinoma, buvo tono skirtumai, nes Nietzsche yra vienas iš neatsakingiausių rašytojų).

Šiuos du 19 a. skeptikus jungia daugiau nei vien geneologinis metodas. Jie abu yra submentalistai arba antimentalistai. Nietzsche's varančioji valia pajungia ne tik žmones ir gyvūnus, bet ir uolas bei žvaigždes[30], o Holmesas susiaurina teisę iki jėgos ir valią paverčia pageidautinu lygių šansų bylos sprendimo būdu. Aforistinis abiejų

[28] Žr., pavyzdžiui, *Lochner v. New York*, 198 U.S., 1905, p. 45, 75 (atskiroji nuomonė); Holmes, *„Herbert Spencer: Legislation and Empiricism"*, in *Justice Oliver Wendell Holmes: His Book Notices and Uncollected Letters and Papers*, Harry C. Shriver ed., 1936, p. 104. Robert W. Gordon, *„Holmes' Common Law as Legal and Social Science"*, 10 Hofstra Law Review, 1982, p. 719, 746, pažymi – gaila, kad nedetalizuodamas – Holmeso „nyčišką požiūrį į valdžios santykius, kuriais remiasi teisių ir moralės sistema".

[29] On the Genealogy of Morals and Esse Homo, Walter Kaufmann ed., 1967, p. 77 (*On the Genealogy of Morals*, antroji esė, §12).

[30] Puikią diskusiją žr. Alexander Nehamas, *Nietzsche: Life as Literature*, 1985, ir atkreipkite dėmesį į šią tipinę pastabą apie Nietzsche: „turintis jėgą atsisako proto". Friedrich Nietzsche, *Twilight of the Idols and the Anti-Christ*, R. J. Hollingdale trans., 1968 (*„Expeditions of an Untimely Man"*, §14, in *Twilight of the Idols*). Visgi antimentalinio ir panpsichinio riba yra neaiški. Subjektyvumo ir objektyvumo, idealizmo ir realizmo kraštutinumai yra linkę artėti vienas prie kito. Tą rodo štai tokia Holmeso antimentalizmo iliustracija, jo žymioji sentencija – „turime galvoti apie daiktus, ne apie žodžius". Oliver Wendell Holmes. *„Law in Science and Science in Law"*, 12 Harvard Law Review, 1899, p. 433, 460. Idėja, kad žodžiai tiksliai atitinka daiktus, yra naiviojo realizmo forma, ir gali atrodyti nutolusi nuo mano piešiamo Holmeso portreto; ji tikrai nutolusi nuo bet kurių Nietzsche's teiginių. Tačiau stipriai referencinė kalbos teorija yra suderinama su panieka abstrakcijai (kaip Benthamo darbuose); kas nėra daiktas, yra niekas.

autorių stilius gali atspindėti bendrą skepticizmą dėl racionalaus mąstymo galių. Holmeso minčių neliberalūs aspektai, būtent žavėjimasis karu, kova, eugeniniu žmonių veisimusi (t. y. žmogumi kaip gyvuliu) yra artimi Nietzsche'i[31]; todėl tikriausiai natūralu, jog skeptiškai proto atžvilgiu nusiteikę žmonės pritaria jo antitezėms.

Nenoriu persistengti lygindamas Holmesą su Nietzsche. Holmeso nuostatos dėl žodžio laisvės ir *habeas corpus* įkūnyja jo humanišką ir demokratišką perspektyvą, kuri nutolsta nuo bet kokių Nietzsche's teiginių. Holmeso karingas skepticizmas ir reliatyvizmas sutaria su nuobodžiu utilitarizmu, nuo kurio Nietzsche'i būtų bloga. „*The Path of Law*" keletos puslapių Holmesui užtenka pareikšti, kad būtų gerai, „jei kiekvienas moralinės reikšmės žodis būtų išmestas iš teisės, ir būtų pritaikyti kiti žodžiai, kurie perteiktų teisės idėjas be jokių teisei nepriklausančių atspalvių", ir kartu paraginti teisininkus studijuoti ekonomiką, iš kurios „sužinome, kad už viską (ko norime) turime kažką paaukoti, kuri moko palyginti gaunamą naudą su prarandama nauda ir suprasti, ką reiškia rinktis"[32]. Idėja, jog teisė turėtų būti įrankis ekonomiškai suprantamai socialinei gerovei skatinti, yra moralinis principas; Holmesas mano pacituotose dviejose pastraipose kartu ir atmeta moralumą ir siūlo juo remtis kuriant ateities teisę.

Taigi, Holmesas nėra bent jau nuoseklus nihilistas, tačiau ar jis pragmatikas? Būkite atsargūs klijuodami etiketes – Nietzsche, didžiausias nihilistas, pasmerkė nihilizmą. Holmeso mąstyme yra ryškių pragmatiškų linijų, kad, atsižvelgdami į termino „pragmatikas" sveiką neaiškumą ir platumą, pavadintume Holmesą pragmatiku[33]. Ta-

[31] Apie Nietzsche, žr. J. P. Stern, *Nietzsche*, 1979; *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, op. cit. 6, sk. 3. Apie Holmesą žr., pavyzdžiui, Edmund Wilson, „*Justice Oliver Wendell Holmes*", in Wilson, *Patriotic Gore: Studies in the Literature of the American Civil War*, 1962, p. 743; *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, p. 127. Tipiškas yra šis pareiškimas Holmeso nuomonėje *Missouri v. Holland* byloje, 252 U.S., 1920, p. 416, 433: „Jiems [Konstitucijos rengėjams] pakako suvokti arba tikėtis, kad jie sukūrė organizmą; jų įpėdiniai užtruko visą amžių ir praliejo daug prakaito bei kraujo, kad įrodytų, jog jie sukūrė tautą". Kitas Holmeso ir Nietzsche's ryšys yra abiejų žavėjimasis Ralfu Waldo Emersonu, kuris abiem darė įtaką. Apie Holmesą ir Emersoną žr. Saford Victor Levinson, „*Skepticism, Democracy, and Judicial Restraint: An Essay on the Thought of Oliver Wendell Holmes and Felix Frankfurter*" (Ph.D. diss., Dept. Of Govt., Harvard University, April 1969). Apie Nietzsche ir Emersoną žr. „*Translator's Introduction*", in Friedrich Nietzsche, *The Gay Science*, Walter Kaufmann trans., 1974, p. 3, 7–13; Charles Andler, *Nietzsche: Sa vie et sa pensée*, 1958, sk. 2.

[32] Holmes, op. cit. 2, p. 464, 474.

[33] 2-oje išnašoje pacituoti Fisho ir Grey straipsniai pabrėžia paraleles tarp Holmeso ir Johno Dewey, tuo siedami Holmesą su platesne pragmatikų mokykla, kuriai, galima sakyti, priklausė ir Peirce'as (iš tikrųjų įkūrė), nepaisant visų jo, Dewey ir Jameso skirtumų, kuriuos minėjo Yosal Rogat, „*The Judge as Spectator*", 31 University of Chicago Law Review, 1964, p. 213, 251 n. 194; kaip paminėjo Morton White, „*The Revolt against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*", in White, *Pragmatism and the American Mind: Essays and Reviews in Philosophy and Intellectual History*, 1973, p. 41, 52–53, Dewey labai žavėjosi Holmesu – žr., pavyzdžiui, John Dewey, *Experience and Nature*, 1929, p. 417–419; Dewey netgi parašė artimą Holmeso stiliui darbą apie tyrimą: „*Logical Method in Law*", 10 Cornell Law Quarterly, 1924, p. 17. Aš jau minėjau Holmeso ir Peirce'o panašumus 5 išnašoje. Apie Holmesą ir pragmatizmą apskritai yra labai geras Grey straipsnis, paminėtas 2-oje išnašoje; taip pat žr. Catharine Well Hantzis, „*Legal Innovation within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*", 82 Northwes-

čiau būtų klaidinga teigti, kad kiekvienas jo minčių aspektas, net ir filosofija, yra pragmatiški. Holmeso socialinis darvinizmas toks nėra; o skepticizmas, kuris moko, jog teismo sprendimas turi tik du komponentus – logiką ir valią, arba kuris gina paprastą referencinę kalbos teoriją ar priešinasi faktų tyrimui – šiems teiginiams pritarė Holmesas (bent jau epizodiškai) – yra svetimas beveik visoms pragmatizmo formoms[34]. Pragmatizmo namas, kaip matysime, turi daug kambarių, o pragmatiška jurisprudencija su Oliverio Wendellio Holmeso mintimis yra susijusi ne daugiau negu su Richardo Rorty (žr. 12 skyrių).

Iš visų Holmeso „erezijų", priešiškų pragmatiškam tikėjimui, labiausiai su šiuo skyriumi siejasi jo „tvirtas" teisinis pozityvizmas, jo įsitikinimas, kurio nebuvo reguliariai laikomasi, tačiau kuris pabrėžiamas cituotoje pastraipoje apie pageidavimą išmesti moralinius terminus iš teisės, kad teisė ir moralė turi turėti kuo mažiau bendro (galbūt visiškai nieko). Toks įsitikinimas yra klaidingas. Teisė negali būti redukuota į vien aiškias konstitucijos ir įstatymų normas arba į taisykles ir pasirenkamus valios pareiškimus. Didelė teisėjų taikomos teisės dalis, neminint jau „teisės", kuri mums pasako, ar taisyklės ir patys teisėjai yra teisėti, susideda iš moralinių ir politinių pasvarstymų. Kaip teisinės idėjos gali neturėti „išorinių atspalvių", kai pats Holmesas teigia, jog teisė yra ir turi būti formuojama socialinių poreikių ir interesų? Toje pačioje esė teigiama, kad *common law* doktrinos prielaida „gali tik įkūnyti preferenciją konkrečiam kūnui konkrečiame laike ir vietoje"[35]. Tai taip pat neteisinga. Tai paneigia galimybę, kad teisė gali atspindėti pakankamai platų ir ilgalaikį interesą, kuris pagrįstai apibūdintinas kaip moralė, kaip kažkas daugiau nei vietinė ir laikina preferencija. Be to, nors dominuojančios visuomenės grupės ir varžo, ir plečia teisės veikimą, teisė yra daugiau nei paprastas naujausių visuomenės arba specialių interesų grupių apklausų rezultatų įkūnijimas priverčiamojo pobūdžio dekretuose. Tose pastraipose Holmesas, atrodo, apčiuopia nepaneigiamą koncepciją, kokia turi būti teisė, kad ji būtų pripažinta teise. Šitoks esmingumas yra svetimas pragmatiniam požiūriui, prie kurio jis sugrįžta toliau savo esė, teigdamas, jog teisininkams reikia geros

tern University Law Review, 1988, p. 541; Frederic Rogers Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*, 1984, sk. 3 ir bibliografinė esė; Marcia J. Speziale, *„By Their Fruits You Shall Know Them: Pragmaticism and the Prediction Theory of Law"*, 9 Manitoba Law Journal, 1978, p. 29; Edward J. Bloustein, *„Holmes: His First Amendment Theory and His Pragmatist Bent"*, 40 Rutgers Law Review, 1988, p. 283. Holmeso skola pragmatizmui abejoja H. L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*, 1984, visų pirma Holmeso užuominų, menkinančių Peirce'ą ir Jamesą, pagrindu. Žr. taip pat Sheldon M. Novick, *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, 1989, p. 426–427, (n.4). Tos užuominos rodo tik tai, kad Holmesas, kaip dauguma genialių žmonių, buvo linkęs perdėti savo originalumą.

[34] Apie sprendimo proceso padalijimą į logiką ir valią žr. kitą skyrių; apie Holmeso referencinę kalbos teoriją žr. 30-ąją išnašą; apie jo antipatiją faktų tyrimui žr., pavyzdžiui, 1919 m. kovo 18 d. laišką Haroldui Laski in *Holmes-Laski Letters*, op. cit. 7, t. 1, p. 205 („aš nekenčiu faktų").

[35] Holmes, op. cit. 2, p. 466. Tuo pačiu stiliumi: „Teisė negali reikalauti geresnio pateisinimo už giliausius žmogaus instinktus". Idem, p. 477. Kodėl geresnio? „Geras" ir „instinktyvus" prikauso skirtingoms ašims.

ekonomikos dozės, kad suvoktų, kaip nukreipti teisę bendros socialinės naudos keliu. Panašios įtampos yra ir jo teisminėje kūryboje, kurioje tiesiogiai pripažįstama, kad teisėjui tenka rinktis remiantis politinėmis preferencijomis, ir kartu aiškiai formaliai išsižadama pasekmių įtakos teismų sprendimams[36]. Nors Holmesas gali būti laikomas pragmatinės jurisprudencijos tėvu ir didžiausiu pavyzdžiu, pragmatizmo išpažinimas nereikalauja ir netgi neleidžia visiškai perimti jo jurisprudencinių pažiūrų.

[36] Iliustracijai palyginkite *Tyson & Brother v. Banton*, 1927, 273 U.S. 418, 446–448, ir *Olmstead v. United States*, 1928, 277 U.S. 438, 469, su *Adkins v. Children's Hospital*, 1923, 261 U.S. 525, 570–571; *Schlesinger v. Wisconsin*, 1926, 270 U.S. 230, 241, ir *Louis K. Liggett Co. v. Balridge*, 1928, 278 U.S. 105, 115. Tai vis atskirosios nuomonės.

III DALIS

AIŠKINIMO PERŽIŪRA

8 SKYRIUS

Bendroji teisė *versus* rašytinė teisė

Kai kurie mokslininkai (ypač Ronaldas Dworkinas, su kurio aiškinamuoju požiūriu pirmą kartą susidūrėme 6 skyriuje) mano, jog aiškinimas yra tas kelias, kuris išsaugo teisės objektyvumą. Kiti – ypač kritinių teisės studijų išpažinėjai – tikina, jog šis kelias neveda niekur, nes aiškinimas neturi ribų. Svarbiausias klausimas yra tas, ar visą teisę kaip tokią galima aiškinti, ir, konkrečiau kalbant, ar aiškinimas taikytinas ir bendrajai teisei, t.y. tam, ką aš vartoju bendriausia prasme, norėdamas pabrėžti bet kurią teisės sritį, iš esmės sukurtą teisėjų priimamais sprendimais, o ne rengiant įstatymus ar konstitucijas. Taigi bendroji teisė apima ne tik žalos atlyginimą, kontraktus bei kitas sritis reglamentuojančias taisykles, pirmiausia suformuluotas Anglijos bendrosios teisės teismų, tačiau taip pat ir šeimos teisę, teisingo nuostolių atlyginimo taisykles bei kitų teisės sričių normas, kurias pirmiausia sukūrė teisėjai (net jeigu ir ne bendrosios teisės teisėjai griežtąja prasme, kurią naudoja teisininkai).

Atrodo, jog esama reikšmingų skirtumų tarp bendrosios teisės ir rašytinės teisės, o esminis iš jų – būtent skirtumas tarp konceptualios (abstrakčios) sistemos ir tekstinės. Šis skirtumas daro aiškinimą esminį kalbant apie rašytinę teisę, ir šalutinį, netgi netinkamą, kalbant apie bendrąją teisę. Tokia išvada gali būti apgaulinga. Plačios, netgi neapibrėžiamos, prasmės žodžio aiškinimas gali reikšti ne ką daugiau nei rėmimąsi tradicija, priešingai negu žiūrėjimas į daiktus tokius, kokius juos sukūrė Dievas.[1] Toks aiškinimas gali reikšti netgi dar mažiau: jis gali būti tik kaip priminimas, kad mūsų išreiškiamam „pasaulio" supratimui tarpininkauja, galbūt netgi jį formuoja, kalba. Jis užbaigia ilgą žodžių, kuriais piktnaudžiauja teisininkai, sąrašą. Taigi skirtumas tarp konceptualios ir tekstinės sistemų yra įdomus.

Bendrosios teisės, pavyzdžiui, dėl žalos atlyginimo, sritis, ir rašytinės teisės, pavyzdžiui, darbo teisės, sritis yra panašios tuo, kad abi jas sudaro sistemą taisyklių ir standartų, kurie savo ruožtu grindžiami sąvokų sistema. Taisyklė, pagal kurią žmonės *prima facie* atsako už sužalojimus, padarytus dėl jų nerūpestingumo, remiasi nerūpestingumo sąvoka, reiškiančia reikiamo dėmesio nebuvimą. Sąvokos, panašiai kaip teiginiai, bet skirtingai nei, tarkim, metaforos, nėra susijusios su konkrečiomis žodinėmis formuluotėmis. Yra daug lygiaverčių būdų, kaip išreikšti nerūpestingumo, ati-

[1] Tokia prasmė matyti, pavyzdžiui, Michaelio Walzerio darbe *Interpretation and Social Criticism* (1987).

dumo, pasitikėjimo, rizikos prisiėmimo ir nesuskaičiuojamą daugybę kitų bendrosios teisės sąvokų, ir nors kai kurie iš šių žodžių yra reikšmingesni už kitus, nė vienas nėra autoritetingas tiek, kad lemtų doktriną taikančius sprendimus; tačiau sąvoka lemia. Bendroji teisė dėl jos konceptualaus pobūdžio yra rašytinė teisė giliąja prasme. Iš tikrųjų bendrosios teisės doktrinos tekstinis pobūdis yra ne didesnis nei Newtono visuotinio gravitacijos dėsnio. Doktrinos šaknys – teisėjo nuomonė, o dažniau – teisėjų nuomonių virtinė, bet pati doktrina negali būti tapatinama su tomis nuomonėmis arba konkrečiomis žodinėmis formuluotėmis jose taip, kaip Newtono dėsnis, nors pirmiausia ir išmokstamas iš žodžių, kuriais Newtonas jį paskelbė, nėra tie žodžiai. Mes labiau linkę paaiškinti Newtono dėsnį savo pačių, o ne 17 a. anglų kalba ir panašiai savo pačių kalba mes esame linkę formuluoti bendrosios teisės doktrinas, iš kurių kai kurios yra tiek pat senos kaip ir Newtono *Principia*. Vertimas gali būti netobulas, iškreipiantis pirminės doktrinos prasmę; tačiau daugelis bendrosios teisės doktrinų turi nusistovėjusią reikšmę, nors ir yra išdėstomos skirtingai. Mes nebijome, kad prarasime nerūpestingumo sąvokos reikšmę nupasakoję ją kitokiais žodžiais nei tai darė Williamas Prosseris arba kai kurie kiti autoritetingi šios sąvokos aiškintojai.

Rašytinė teisė skiriasi tuo, kad įstatymo tekstas – sprendimo išeities taškas ir šia prasme (bet tiktai šia prasme) prilygstantis teisėjo nuomonei priimant sprendimus bendrojoje teisėje – tam tikra svarbia prasme negali būti persvarstomas teisėjų, formuluojamas jų pačių žodžiais. Formuluodami sąvoką, jie negali žiūrėti į įstatymą kaip į stabą.[2] Pirmiausia jie turi ekstrahuoti sąvoką iš įstatymo, t.y. aiškinti įstatymą. (Esti sveikas protas, kuriuo vadovaudamiesi bendrosios teisės teisėjai „aiškina" bendrąją teisę, tačiau tai yra toks protas, kuriuo vadovaujantis „aiškinimas" reiškia „supratimą".) Antimonopolinė teisė yra tokia pat turtinga sudėtingų sąvokų kaip ir deliktų teisė, tačiau vertinant, ar su konkurencija susijusi byla buvo išspręsta teisingai, reikia išnagrinėti ne tik tai, ar teisėjas tinkamai suprato ir taikė atitinkamas sąvokas, bet ir tai, ar tos sąvokos tinkamai aiškina antimonopolinius įstatymus. Šis klausimas nepriklauso nuo įstatymo teksto neapibrėžtumo. Įstatymuose dažnai įtvirtinami standartai, tokie kaip „nesąžiningi konkurencijos būdai", „lygi įstatymais garantuojama apsauga", „sąžiningumas"; jie yra tokie pat bendri kaip ir bendrojoje teisėje. Iš tikrųjų daugelyje įstatymų terminologija yra paimta iš bendrosios teisės („sąžiningumas", „prekybos varžymas" ir kt.). Tačiau formuluotė, kai ji yra įstatymo tekste, niekada nebūna tokia lanksti kaip tuo atveju, kai ji yra bendrosios teisės dalis, nes visada būtina nagrinėti įstatymo formuluotės reikšmę tekste, kuris teisėjams yra normatyvinis.

Iš to negalima teigti, kad nagrinėti bylas vadovaujantis rašytine teise neišvengiamai yra problemiškiau nei nagrinėti bylas vadovaujantis bendrąja teise. Kaip įstatymuose įtvirtintos sąvokos turi būti grindžiamos įrodant jų kilmę iš įstatymų tekstų, taip bendrosios teisės sąvokos turi būti pagrindžiamos įrodant jų šaltinį tinkamoje viešojoje po-

[2] Žr., pavyzdžiui, Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, p. 6–7, 28–30 (1949); A.W.B. Simpson, „The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent", leidinyje *Oxford Essays in Jurisprudence*, p. 148, 165–167 (red. A.G. Guest, 1961).

litikoje. Esant dviem vienodą precedento galią turinčioms sąvokoms, vienai – iš įstatymo, kitai – iš bendrosios teisės, galima pagrįstai klausti, ar iš įstatymo kylanti sąvoka yra įtvirtinta pačiame įstatyme; tačiau lygiai taip pat gali kilti klausimas, ar iš bendrosios teisės kylanti sąvoka yra tuose principuose, politikoje ar uždaviniuose, kuriems konkreti bendrosios teisės sritis yra skirta tarnauti. Jeigu mes sutinkame, kad bendrosios teisės nuostatų nerūpestingumo klausimu užduotis yra maksimizuoti visuomenės gerovę 12 skyriuje nagrinėjama prasme, tai lygindami nerūpestingumo sąvoką su šiuo tikslu mes galime įvertinti jos pagrįstumą. Ir jeigu mes galime sutarti dėl Shermano akto prasmės, tai galime įvertinti tokią antimonopolinės teisės sąvoką kaip „protingumo taisyklė" lygindami ją su minėta prasme. Iš bendrosios teisės kylančioje byloje mes priimame politinį arba moralinį sprendimą, nagrinėjamą IV dalyje. Įstatymų pagrindu kylančioje byloje mes priimame aiškinamąjį sprendimą, aptariamą šioje dalyje. Neaišku, kas yra sunkiau; netgi neaišku, kiek tokie sprendimai skiriasi praktikoje. Ir abiem atvejais, kai mes įsitikiname, jog sąvoka buvo tinkamai sukurta, galime pasinaudoti loginiais argumentais taikydami ją konkretiems faktams. Taigi egzistuoja erdvė formaliems argumentams (neutralia prasme, kuria remiantis jie prilygsta loginiams) tiek bendrojoje teisėje, tiek įstatymais reglamentuojamose srityse; ir manytina, jog ji abiejose šiose sferose yra vienodo dydžio, bet negali būti plati.[3]

Nepripažinimas, kad politinis arba moralinis sprendimas yra būtinas siekiant argumentuoti remiantis bendrąja teise, buvo Holmeso kritikuotos 19 a. Amerikos formalizmo mokyklos skiriamoji ypatybė. Kaip jis aiškino, „teisės mokyklose naudojamas įtaigos metodas sujungiamas su loginiu, t.y. postulatai iš autoritetingų šaltinių imami jų nekvestionuojant, nesigilinant į jų vertę, o paskui kaip vienintelė priemonė rezultatams gauti panaudojama logika."[4] Kadangi teisingas prielaidų pasirinkimas, remiantis politikos ar moralės motyvais, yra mažiau patikimas nei teisinga išvados dedukcija iš dedukcinio mąstymo prielaidų, formalistai mėgsta sudaryti įspūdį, jog sprendimų priėmimo bendrojoje teisėje prielaidos yra savaime aiškios, ir sykiu jie suteikia kuo daugiau reikšmės svarbiausioms prielaidoms – kad būtų sutrumpinta dedukuojamų išvadų grandinė.

Pavyzdžiui, Langdellis teigė, kad asmuo, grąžinantis pamestą daiktą, už kurį savininkas pasiūlė atlyginimą, neturi jokios sutartinės teisės į šį atlyginimą, jeigu jis ne-

[3] Aš tikiuosi, jog ši diskusija išsklaidys mano straipsnyje „Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", 37 *Case Western Reserve Law Review*, p. 179, 187 (1986–1987 m.), pateikto teiginio klaidingas interpretacijas, kad formalizmas rašytinei teisei netaikytinas. Aš turėjau aiškiai pasakyti, jog dedukcija (pagrindinis formalistinis būdas) neatves nuo rašytinio įstatymo prie sąvokos, kadangi aiškinimas nėra logikos sritis. Kita vertus, bendrosios teisės sąvokų generavimas iš „pagrįstos" politikos taip pat nėra dedukcinio pobūdžio.

[4] „Law in Science and Science in Law", 12 *Harvard Law Review*, p. 443, 460 (1899). Bendrosios teisės formalizmas egzistavo kartu su beveik atvirai politiniu požiūriu į Konstitucijos aiškinimą, apie ką užsiminė Holmesas straipsnyje „The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review*, p. 457, 467–468 (1897). Žr. Herbert Hovenkamp, „The Political Economy of Substantive Due Process", 40 *Stanford Law Review*, p. 379 (1988). Šis junginys atitinka tokio gryniausio teisinio formalizmo klaidingą ir manipuliacinį pobūdį.

žinojo apie siūlymą, kadangi tokiu atveju daikto grąžinimas negalėtų būti sąmoningas siūlymo akceptas, o be tokio akcepto sutarties nėra.[5] Čia mes galime įžvelgti „mintį, vyravusią filosofijoje nuo graikų laikų, kad žinojimo paskirtis yra atskleisti anksčiau susiformavusią realybę, o ne, kaip mūsų praktinių sprendimų atveju, įgyti supratimą, reikalingą iškylančioms problemoms spręsti".[6] Langdellis sutartį suprato kaip daiktą, kuris negali būti pakeistas jam netampant kuo nors kitu. Jeigu nuimate stalo kojas (visam laikui, o ne saugoti ar perkelti), jis nebėra stalas. Tačiau tai nereiškia, kad be akcepto nėra sutarties. „Sutartis" nėra iš anksčiau egzistuojantis nustatytų matmenų darinys; ji neturi platoniškos formos; t. y. pažadui, kurį garantuos teismai, suteiktas pavadinimas. Jei yra pakankama priežastis, jie gali nuspręsti užtikrinti pažadą, kuris buvo pateiktas siūlymo forma, bet nebuvo sąmoningai akceptuotas; vadindami jį sutartimi, lygiai taip pat kaip baudžiamieji teismai gali nubausti narkotikų prekeivį už jo nepilnamečio vaiko neteisėtai laikomus narkotikus teigdami, jog toks prekeivis valdo juos „numanomai". (Bet ar jie privalo tai pasakyti? Ar jie turi naudoti fikcijas?) Atsakymas į klausimą, ar pamesto daikto grąžinimas yra sutartinio siūlymo akceptas, turi priklausyti nuo to, ar bus grąžinta daugiau pamestų daiktų; tai sunkus klausimas,[7] neturintis nieko bendra su logika.

Kad bendrąja teise grindžiami argumentai yra objektyvūs, galime mėginti įrodyti tokiu argumentu. Kai sakome, kad įstatymą taikantis sprendimas yra teisingas, mes paprastai remiamės įstatyme įtvirtintais tikslais jų nekvestionuodami. Tai gali būti absurdiškas įstatymas, tačiau (su sąlyga, kad jis atitinka konstituciją, t.y. nėra pernelyg kvailas, atitinka formalius reikalavimus ir neprieštarauja kokiam nors konkrečiam konstitucijoje įtvirtintam draudimui), jei jis teisingai aiškinamas bei taikomas, laikoma, kad teisėjai atliko savo darbą ir iš jų reikalauti ko nors daugiau negalima. Kadangi bendroji teisė yra teisėjų sukurta teisė, jie yra įstatymų leidėjai, taigi galbūt mes nedvejodami turėtume sutikti su sąvokomis, kuriomis grindžiamos bendrosios teisės doktrinos, ir vien tiktai klausti, ar šios doktrinos kyla iš sąvokų, o sprendimai – iš doktrinų. Tačiau šis žingsnis rezultato neduoda. Tuo pripažįstama, kad teisėjai nešioja dvi skrybėles – teisingumo vykdymo ir teisėkūros, ir kada jie nešioja teisėkūros kepurę, jie netampa labiau atskaitingi nei pripažintas įstatymų leidėjas; natūralu, kad jie išpažįsta savo pačių arba tam tikros rinkėjų dalies vertybes – ko daugiau galima tikėtis iš įstatymų leidėjo? Holmesas kartais taip pat priartėdavo prie tokios nuomo-

[5] Žr. Christopher C. Langdell, *A Summary of the Law of Contracts*, p. 2–3 (2-as leid., 1880), taip pat puikų Langdellio propaguoto formalizmo aptarimą Thomas C. Grey straipsnyje „Langdell's Orthodoxy", 45 *University of Pittsburgh Law Review*, p. 1 (1983).

[6] John Dewey, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, p. 17 (1929). Čia yra kitas aspektas, be tų, kurie buvo aptarti 2 skyriuje, kuriame sąvoka „Sokrato metodas" vykusiai pritaikyta Langdellio pradėtam mokymo bylų analizės pagalba metodui. Žr. Josef Redlich, *The Common Law and the Case Method in American University Law Schools: A Report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*, p. 12–13 (1914).

[7] Žr. mano knygą *Economic Analysis of Law*, p. 89–90 (3-ias leid., 1986).

nės ir ne tik dėl savo propaguotos teisėjo kaip „tarpinio įstatymų leidėjo" sąvokos. Panagrinėkime tokį teiginį: „Jei kyla abejonė, paprastos logikos nepakanka, ir net jei ji yra užslėpta ir neįsisąmoninta, teisėjai turi vykdyti suverenią geriausio pasirinkimo prerogatyvą."[8] Toks mėginimas padalyti teisinio sprendimo priėmimo erdvę į dvi dalis – loginę ir valinę – neatsižvelgia į galimybę taikyti mokslo ir praktikos argumentus siekiant išsirinkti prielaidas teisiniams argumentams. Pati Holmeso esė, iš kurios aš ką tik citavau, tema prieštarauja jo teiginiui. („Teisės kelias" esti identiškas prieštaravimas, kaip mes matėme paskutiniame skyriuje.) Tema susijusi su tuo, kad mokslas gali kurti teisę racionaliau, leisdamas tiksliau pasverti skirtingus motyvus nei tai leidžia egzistuojantys teisinio tyrinėjimo metodai. Jei mes žinotume pamestų daiktų grąžinimo, leisdami radusiajam reikalauti atlyginimo, kurį (jam nežinant) pasiūlė daikto savininkas, pasekmes, būtų lengva nuspręsti, ar savininkas turėtų būti įpareigotas pagal sutarčių principus, tačiau šis sprendimas nebūtų nei loginė dedukcija, nei paprasta užgaida. Holmesas tikėjo visuomeninių reiškinių analize, bet jam trūko kantrybės tai daryti.

Bendrojoje teisėje esti daug pavyzdžių dėl požiūrio, esančio tarp Langdellio formalizmo ir Holmeso irracionalizmo – požiūrio, kurį, kaip ir mano pateiktą dėl pamesto daikto atveju, pagrįstai galima laikyti pragmatišku. Panagrinėkime *Farwell v. Boston & Worcester R.R.* bylą[9], kuri įtvirtino „bendradarbio" taisyklę Amerikos bendrojoje teisėje. Taisyklės (dabar pakeistos įstatymais dėl kompensacijų darbuotojams) esmė ta, kad darbuotojas, sužeistas dėl bendradarbio nerūpestingumo, neturi teisės remtis tokiu nerūpestingumu prieš jų bendrą darbdavį ir dėl to negali gauti patirtos žalos atlyginimo iš darbdavio. Masačiusetso Aukščiausiojo Teismo vyriausiasis teisėjas Lemuelis Shaw argumentaciją pradeda pripažinimu, kad „tai yra naujo pobūdžio ieškinys mūsų teismuose, susijęs su ypatingos svarbos principu" (p. 55). Ankstesnėse bylose buvo pripažinta, kad darbdavys atsako už savo darbuotojų nerūpestingą elgesį, kuriuo buvo padaryta žala pašaliniams asmenims; tai – atsakingo vadovo principas. Bet kai nukentėjusysis yra darbuotojas – situacija kitokia. Jis turi konkrečią arba numanomą sutartį su savo darbdaviu. Atsakomybė, Shaw nuomone, turi priklausyti nuo šios sutarties sąlygų. Pastebėjęs, kad, „atsižvelgiant į tai, jog nėra šiuo klausimu taikytinos konkrečios sutarties tarp šalių, [ieškovo pretenzija] prilygsta numanomai sutarčiai dėl žalos atlyginimo, kylančiai iš santykio tarp šeimininko ir pavaldinio" (p. 56), Shaw toliau sako:

> Bendra taisyklė, kylanti tiek dėl teisingumo, tiek dėl politikos motyvų, yra ta, kad tas, kuris už atlyginimą įsidarbina pas kitą atlikti nustatytas pareigas ir funkcijas, prisiima natūralius bei įprastus pavojus ir riziką, būdingą tokių funkcijų atlikimui, ir teisine prasme daroma prielaida, kad atitinkamai numatoma ir kompensacija už žalą. Ir mes nežinome jo-

[8] „Law in Science and Science in Law", 4-oji nuoroda, p. 461.

[9] 45 Masačiusetsas (4 Met.) 49 (1842). Tolesnės nuorodos į puslapius, kuriuose kalbama apie aptariamąjį dalyką, pateikiamos tekste.

kių principų, kuriais remiantis turėtų būti daroma išimtis pavojams, kylantiems dėl toje pačioje darbovietėje dirbančių asmenų neatidumo bei nerūpestingumo. Tai yra pavojai, apie kuriuos pavaldinys greičiausiai žino ir kurių jis gali veiksmingai išvengti taip pat, kaip ir jo šeimininkas. Tai yra konkrečiam darbui būdingi pavojai ir jie gali būti konkrečiai numatomi bei vertinami nustatant atlyginimo dydį kaip ir bet kokios kitos aplinkybės (p. 57).

Žodžiuose „teisine prasme daroma prielaida" matyti polinkis į formalizmą; tai turėtų būti klausimas dėl fakto, ar darbuotojų atlyginime įvertinta kompensacija už jų darbovietėje esančius pavojus. Tačiau kitais atžvilgiais analizė yra praktinio pobūdžio. Jeigu darbuotojai žino apie nerūpestingų bendradarbių keliamus pavojus, dėl savo pačių interesų jie reikalaus didesnio atlyginimo; o jei darbdavys nepatenkins šio jų reikalavimo, jie ieškos saugesnio darbo kitur. Shaw vėliau savo nuomonėje pastebi, kad ieškovui po to, kai jis vėl pradėjo dirbti toje pačioje darbovietėje, kurioje buvo sužalotas, buvo pakeltas atlyginimas.

Shaw suprato, kad būna atvejų, kai darbdavys turi atsakyti už savo darbuotojų nerūpestingumą prieš asmenis, su kuriais jis yra sudaręs sutartį, net jei sutartyje nurodyta kaina, atitinkanti darbininko, rizikuojančio patirti sužalojimą darbo vietoje, algą, tokiais atvejais (galima manyti) būtų pakoreguota siekiant kompensuoti pavojus, kylančius dėl tokio nerūpestingumo. Pavyzdžiui, vežėjas atsako už savo darbuotojų nerūpestingumą, kuris lemia bagažo sugadinimą arba keleivių sužalojimą. Sąmoningai pradėdamas šių atvejų (taip pat panašaus atvejo dėl smuklės savininko atsakomybės lankytojams) analizę teiginiu – „Nagrinėdami iš konkrečių santykių kylančias teises bei pareigas būtent teismai yra kompetentingi atsižvelgti į politikos ir bendros naudos motyvus, išvesdami iš to taisykles, kurios, jas taikant praktikoje, geriausiai užtikrins visų suinteresuotų šalių interesų apsaugą" (p. 58) – Shaw įrodinėja, jog krovinio siuntėjas ar keleivis, kitaip nei bendradarbis, neturi galimybės nei neleisti vežėjo darbuotojams elgtis nerūpestingai, nei (ypač prarasto bagažo atveju) netgi įrodyti nerūpestingumo faktą ieškinyje prieš darbuotoją. Shaw sustiprina šį skirtumą pastebėdamas, kad tuo atveju, kai bendroje veikloje „kiekvieno saugumas priklauso nuo atidumo ir sumanumo, su kuriuo kiekvienas turi atlikti jam priskirtas pareigas, kiekvienas yra kitų elgesio stebėtojas, gali perspėti apie bet kieno netinkamą elgseną, negalėjimą atlikti pareigų ar jų neatlikimą, taip pat gali apleisti darbo vietą, jeigu darbdavys nesiima tokių atsargumo priemonių ir nepasamdo tokių darbuotojų, kokių gali reikalauti viso kolektyvo saugumas" (p. 59).

Yra ir kita verta paminėti diskusija: diskusija, kodėl „bendradarbio" taisyklės taikymas neturėtų apsiriboti to paties padalinio darbuotojais; taip pat daroma prielaida apie tam tikrų numanomų darbdavio garantijų savo darbuotojams, nors ir neapimančių bendradarbių nerūpestingumo, buvimą – pavyzdžiui, numanomų garantijų, kad darbdavys aprūpins darbuotoją saugiomis darbo priemonėmis ir kad darbdavys parodys prideramą rūpestingumą parinkdamas darbuotojo bendradarbius. Šie samprotavimai taip pat yra praktinio, o ne teisinio pobūdžio. Bet aš pakankamai aiškiai apibūdinau šio nagrinėjimo pobūdį. Tai, kad visas šis nagrinėjimas gali pasirodyti esąs

tuščias,[10] yra labiau stiprybė nei trūkumas. Nagrinėjimas priklauso nuo empirinių teiginių, t.y. iš esmės, kad darbuotojai žino apie jų darbo vietoje tykančius pavojus ir kad jų atlyginimai yra pritaikyti kompensuoti jiems už tuos pavojus – tai gali būti įrodyta. Jis nepriklauso nuo darbo santykių „esmės"; tai nėra netgi teisėjų valios dalykas. Tai yra politikos nagrinėjimas. Skirtumas tarp „bendradarbio" taisyklės paneigimo ir užgrobto turto pasisavinimo kaip prizo taisyklės paneigimo yra tas, kad pastaroji taisyklė buvo atmesta empiriškai – įrodyta, jog ji netarnauja jokiam tikslui, kuriam, kaip galima būtų manyti, nuosavybės teisė turėtų tarnauti; tuo tarpu iki šiol nėra aišku, ar nelaimingus atsitikimus pramonėje reglamentavusios bendrosios teisės normos buvo daugiau ar mažiau veiksmingesnės arba teisingesnės nei jas pakeitę darbuotojų kompensacijas reglamentuojantys statutai.

Toliau neaiškinant turėtų būti akivaizdu, jog tradicinis požiūris, kuris bendrosios teisės aiškinimą prilygina indukcijai, o statutų aiškinimą – dedukcijai, yra klaidinantis. Aiškinimas nėra dedukcija, nors kai tik aiškinimu iš statuto suformuluojama sąvoka, teisėjas gali tęsti nagrinėjimą dedukcijos būdu (pavyzdžiui, Shermano aktas – jį aiškinant – draudžia kartelius; X yra kartelis, todėl X yra draudžiamas). O prielaidų, nuo kurių tęsiamas bendrosios teisės aiškinimas, suformulavimas nebūtinai turi būti indukcija iš ankstesnių bylų; to nebuvo *Farwell* byloje. Be to, kai tik prielaidos suformuluojamos, bendrosios teisės teisėjas gali naudoti dedukciją tokiu pačiu mastu – tuo nenorima pasakyti, kad didesniu mastu – kaip ir statutinę teisę taikantis teisėjas, kai tik aiškinimu jis suranda taikytiną sąvoką. Tiesa, kartais prielaidos bendrosios teisės aiškinimui atrandamos procese, kurį pagrįstai galima vadinti indukcija iš daugelio bylų. Pastebima, kad pažadai yra vykdomi, jei jie paremti motyvu, ir ne priešingai (išskyrus, žinoma, tam tikras išimtis, kurias čia galime ignoruoti); ir iš tų pastebėjimų išvedama taisyklė, jog tam, kad pažadai būtų įvykdomi, jie turi būti paremti motyvu. Žingsnis nuo pastebėto įprastumo taisyklės link (tikėjimo, kad įprastumas tęsis) pagrįstai reiškia indukciją, nors, kita vertus, dėl I dalyje minėtų priežasčių būtų klaidinga šią išvadą pernelyg sureikšminti.

Nors formalizmas negali padaryti sprendimų priėmimo remiantis bendrąja teise apibrėžto, iš to neseka išvada, kaip mano kai kurie kritinių teisės studijų judėjimo atstovai (remdamiesi Holmesu, kaip ką tik matėme), jog sprendimų priėmimas remiantis bendrąja teise yra neapibrėžtas, atsitiktinis – „gryna politika". Tokia išvada nepastebi galimybės, jog praktinio mąstymo būdais galima išspręsti daug bendrosios teisės klausimų pakankamai apibrėžtai, ir teisėjas nėra priverstas remtis asmeninėmis savybėmis ar gryna politika. Egzistuoja kontrargumentas, ypač karštai tarp kitų autorių palaikytas Jamesas Boyle'is, jog kiekvienai priežasčiai, kurią kas nors gali pasiūlyti palaikydamas konkrečią išdavą, trupučio vaizduotės pagalba galima atrasti ly-

[10] Įprastas požiūris; nuorodas ir prieštaravimą šiam požiūriui žr. William M. Landes ir Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, p. 309–310 (1987); taip pat mano straipsnį „A Theory of Negligence", 1 *Journal of Legal Studies*, p. 29, 44–45, 67–71 (1972).

giai tokią pat tvirtą priešingą priežastį.[11] Boyle'is pateikia būdų, kaip galima argumentuoti ieškovo ir atsakovo naudai, sąrašą. Jis teigia, kad kiekvienas iš tų būdų gali būti vienodai sėkmingai panaudotas abiejų bylos šalių ir, vadinasi, kad teisinis mąstymas yra neapibrėžtas.

Pirmasis būdas yra susijęs su „formalistiniu" argumentu: „Išsiaiškink žodžio [pagrindinio žodžio normoje] prasmę išimdamas jį iš konteksto, nenagrinėdamas normoje slypinčio tikslo" (p. 1052). Tai nėra pateisinamas bet kokio dokumento skaitymo būdas. Jo pavyzdžių galima rasti daugybėje teisininkų raštų ir teisėjų nuomonių, tačiau Boyle'is pasisako ne už paviršutiniško mąstymo teisėje vyravimą, bet už teisinio mąstymo neapibrėžtumą, netgi tarp profesionalų. Antrasis būdas – „tikslingas aiškinimas" – reikalauja, kad advokatas „įsivaizduotų tikslą, slypintį normoje, ir apibrėžtų žodį to tikslo kontekste" (p. 1052–1053). Šios citatos leidžia suprasti, jog aiškintojas privalo primesti, o ne rasti tikslą. Vis dėlto normoje slypintys tikslai paprastai, nors ir ne visada, gali būti randami, o kai tik jie atrandami – suteikia patikimą orientyrą taikyti tą normą naujoje situacijoje.

Kitas būdas – siaurinti normą pritaikant ją konkretiems bylos, kurioje ji buvo suformuluota, faktams arba, jei norima, išplėsti ją analogijos pagalba apimant bylą, kuri pagal faktus skiriasi nuo tos, kurioje ta norma buvo suformuluota. Boyle'is iliustruoja šį būdą pasiremdamas *Vosburg v. Putney* byla.[12] Vienas mokinys smogė kitam. Nors smūgis buvo tyčinis, nebuvo ketinimo sužeisti. Tačiau smogikas nežinojo, jog nukentėjusysis buvo anksčiau sužeistas smūgio vietoje, ir dėl to jis patyrė sunkų sužeidimą. Teismas pripažino sužalotoją atsakingu už visą kūno sužalojimo mastą, nors ir nenumatytai atsiradusį. Boyle'is siūlo platų šio sprendimo aiškinimą – visi žmonės, įskaitant vaikus, pamišėlius ir kitus asmenis, kurie paprastai nelaikomi visiškai atsakingais už savo veiksmus, atsako už visas savo tyčinių veikų pasekmes, iš jų ir nenumatytas, taip pat siaurą aiškinimą – jeigu vienas vaikas suduoda kitam po to, kai klasė jį tam pastūmėjo, prielaida, jog jo veika buvo tyčinė, yra sustiprinama. Šie aiškinimai yra neteisingi: pirmasis dėl to, jog tai yra pernelyg didelis apibendrinimas, o antrasis dėl to, jog smūgio tyčia nebuvo ginčo objektas. Boyle'is nepastebėjo taisyklės, kuri faktiškai atsirado iš *Vosburg* bylos ir kuri buvo patvirtinta šimtuose kitų bylų: sužalotojas (žalą padaręs tiek tyčia, tiek netyčia) į savo auką žiūri taip, kaip ji jam atrodo, todėl nėra atleidžiamas nuo pareigos atlyginti žalą vien tik dėl to, kad jo padarytas pažeidimas nebūtų sukėlęs tokio sunkaus kūno sužalojimo, jeigu nukentėjusiojo kūne nebūtų buvę anksčiau atsiradusios silpnos vietos. Ši „plonos kaukolės" taisyklė yra pagrįsta; jos nesant sunkūs sužeidimai būtų kompensuojami nevisiškai, o teisės atgrasomasis povei-

[11] Žr. „Appendix: First Year Mystification and Legal Argument: How to Avoid the Former and Master the Latter", leidinyje Boyle, „The Anatomy of a Torts Class", 34 *American University Law Review*, p. 1003, 1051 (1985). Boyle'is teigia, jog priedas grindžiamas publikuotais ir nepublikuotais Duncano Kennedy – didžiausio kritinių teisės studijų krypties autoriteto – raštais. Tolesnės nuorodos į Boyle'io straipsnio puslapius pateikiamos tekste.

[12] 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (1891).

kis – susilpnėjęs. Tai yra natūralesnis ir pagrįstesnis *Vosburg v. Putney* bylos sprendimo aiškinimas nei Boyle'io pasiūlytos minėtosios alternatyvos.

Po to Boyle'is nagrinėja penkis politinio arba etinio argumento tipus, kiekvienas iš jų – dvipusis. Pirmasis yra gebėjimas priimti sprendimą, kuris susijęs su teiginiu, jog byla turi būti sprendžiama vadovaujantis taisykle (kad būtų maksimizuotas teisinės pareigos apibrėžtumas) arba standartu (kad būtų sukurtas teisingumas ir nebūtų leista pasinaudoti teisės spragomis). Tai iš tiesų yra svarbus bei dažnai sunkus pasirinkimas, tačiau jis nėra laisvai pasirenkamas. Mokslo literatūroje, kuria Boyle'is nesiremia, nurodomi taisyklės ir standarto skirtumai.[13] Įžvelgti šiuos skirtumus dažnai yra sunku, tačiau vis dėlto jie susiję su mąstymo procesu, o ne su grynai savavališku ar ideologiniu pasirinkimu, kuo, atrodo, tiki Boyle'is.

Antrasis politinio argumento tipas susijęs su sąlygine teismų ir įstatymų leidėjų institucine kompetencija. Jeigu teismo prašoma pripažinti naują bendrąja teise grindžiamą teisę, atsakovas gali įrodinėti, jog toks prašymas turi būti atmestas, nes įstatymų leidėjas, kaip labiau atstovaujamoji institucija ir turinti didesnį priėjimą (bent iš esmės) prie teisėkūrai reikalingų faktų, yra tinkamesnė institucija spręsti, ar sukurti naują teisę. Galimas kontrargumentas, kad įstatymų leidėjo atstovaujamasis pobūdis iš tikrųjų nėra toks ryškus (lemiamas interesų grupių spaudimo), kad jo faktų tyrimo gebėjimai iš tikrųjų tėra primityvūs ir retai naudojami, ir kad teismai neturėtų griauti įstatymų leidėjui būdingą ribotą darbotvarkę, versdami problemas į jo glėbį. Kontrargumentas labiau nei argumentas dera su tuo, ką mes žinome apie teisėkūros procesą. Ir kadangi dabar mes kalbame apie bendrosios teisės sferą – sferą, kurią įstatymų leidėjas paliko teismams – reikėtų ypatingų aplinkybių, kad būtų pateisintas teismo atliekamas badmintono sviedinuko atmušimas atgal įstatymų leidėjui.

Boyle'is tvirtina, kad „moralinius argumentus", lygiai kaip ir politinius argumentus, yra lengva priešpriešinti: pavyzdžiui, „žmonės turi laikytis savo susitarimų" prieš „kodėl ši didelė korporacija turėtų priverstinai užtikrinti šio dokumento sąlygų vykdymą prieš asmenį, kuris neturėjo tokios pat derybų galios jo sudarymo metu ir kuris neperskaitė smulkaus šrifto?" (p. 1058). Tai yra menkas pavyzdys. Ilgas teisėje pripažintų aplinkybių, kurioms esant atleidžiama nuo atsakomybės už sutarties nevykdymą, sąrašas rodo, jog nėra bendro teisės principo, kad „žmonės turi laikytis savo susitarimų".[14] „Didelė korporacija" tėra fikcija (žr. 5 skyrių), o „tokios pat derybų galios" samprata tuščia ir, be to, nesietina su aiškiai išspausdintų sąlygų problema. Jeigu esminės sutarties sąlygos buvo surašytos spausdintiniu šriftu pernelyg smulkiai, kad galėtų būti lengvai perskaitomos, kaip žadėtojas iš tikrųjų sudarė susitarimą, kurio vykdymą didelė korporacija siekia užtikrinti. Priešingų argumentų pora tokiu būdu subliūkšta visiškai.

Paskutiniai du argumentai iš penkių – argumentai nuo atgrasymo ir ekonominiai argumentai – faktiškai yra vienas ir tas pats, ką Boyle'is netiesiogiai pripažįsta nagri-

[13] Žr. šios knygos 1-ojo skyriaus 8-ąją nuorodą.

[14] Jis, žinoma, turi omenyje „laikykis savo pažadų".

nėdamas tą pačią informacijos kaštų problemą po abiem antraštėmis. (Vienas iš „moralinių argumentų" – argumentas dėl smulkaus šrifto – taip pat siejasi su informacijos kaštais ir galėjo būti pateiktas ekonominiu aspektu.) Teisės tyrinėtojas ekonomistas gali nekreipti dėmesio, kaip stimulai perduodami žmonėms, kurių elgesį visuomenė nori pakeisti; jis gali manyti, jog vidutinės bausmės už konkretų nusikaltimą trukmės pakeitimas veiks lygiai taip pat, kaip kainos įprastoje rinkoje pasikeitimas, nors jis neišnagrinėjo, ar potencialūs nusikaltėliai iš tikrųjų sužino apie tuos pokyčius. Tokie pokyčiai nereklamuojami, kaip tai daroma pasikeitus kainoms atviroje rinkoje. Argumentai, susiję su atgrasymu nuo nusikaltimo darymo, sudaro ekonominių argumentų porūšį, susidedantį iš argumentų apie elgesio atsaką į stimulų pasikeitimus.

Ekonominius argumentus Boyle'is laiko neapibrėžtais ir dėl to vienodai prieinamais abiem šalims kiekvienoje byloje, tačiau konkretus jo pateikiamas pavyzdys yra neįtikinamas. Cituodamas *Tuttle v. Buck* bylą[15] jis klausia, ar tas, kas pradeda verslą turėdamas tikslą sužlugdyti kitą verslininką, sykiu neturėdamas (kito) tolesnio tikslo (pavyzdžiui, įgyti monopoliją), turi atsakyti už nuostolius, kuriuos jo veiksmai padaro numatytai aukai. Boyle'is mano, jog kas nors kaip ekonomistas gali pasisakyti prieš atsakomybę tuo pagrindu, kad vartotojams dėl papildomos konkurencijos yra geriau neatsižvelgti į konkuruojančiojo motyvus, ir lygiai taip pat už atsakomybę tuo pagrindu, kad „ekonomikos mokslas reikalauja, jog iš rinkos būtų pašalinti visi kiti motyvai, išskyrus pelno siekimą" (p. 1062). Tai nėra geri ekonominiai argumentai. Ekonomistui svarbu ne motyvas, o galima pasekmė. Ekonomistas nesidomi motyvu (tai yra psichologijos ir etikos sfera), o ekonomikos moksle nėra nieko, kas reikalautų iš rinkos pašalinti kitokius motyvus nei pelno siekimas.

Kaip šis atvejis turėtų būti nagrinėjamas? Gali atrodyti, jog atsakovas neturi tikslo pasitarnauti rinkai (jo sąnaudos gali būti pernelyg didelės, kad leistų jam gauti pelno, netgi jei jis neturi konkurentų) ir dėl to tikriausiai jis paliks ją, kai tik jo auka bus sužlugdyta, vartotojams, tikėtina, galutiniame rezultate bus blogiau; jie tam tikrą laiką naudosis žemomis kainomis, bet vėliau neteks tiekimo šaltinio. Kita vertus, tai priklauso nuo to, ar ieškovas iš tikrųjų bus sužlugdytas, ar tiesiog lauks tinkamos progos nuošalyje, kol atsakovas pasitrauks iš rinkos, taip pat nuo to, ar kiti potencialūs pardavėjai, tiek pat pajėgūs kaip ir atsakovas, stovi užkulisiuose laukdami progos įeiti į rinką, jeigu ir atsakovas pasitrauks. Tačiau net jeigu potencialios konkurencijos egzistavimas neleidžia atsirasti veiksmingai monopolijai ir dėl to vartotojai nesusiduria su monopolinių kainų grėsme, atsakovo elgesys yra neleistinas ekonominiu požiūriu. Kaip ir ištekliai, sunaudoti nužudant nekenčiamą priešą, atsakovo investicijos sužlugdant ieškovą neturi grynojo laukiamo socialinio produkto. Taigi nauda iš ieškovo pereina atsakovui nepadidinusi socialinio pyrago.

Atsakovas *Tuttle v. Buck* byloje laimėjo ir teismas pateikė motyvus, kurie atkartoja ką tik pateiktą analizę. *Tuttle* buvo viena iš tų bylų, kuriose vieninteliai teismo turimi „faktai" buvo išdėstyti ieškovo ieškinyje, o teisėjas atmetė ieškinį remdamasis

[15] 107 Minesota, p. 145, 119 N.W. p. 946 (1909).

tuo, kad net jei išdėstyti faktai yra teisingi, jie savaime neparodo pretenzijos. Ieškiniu pateiktas neįtikinamas žalos nemotyvuoto padarymo atvejis – kažkas iš Durrenmatto novelės – tačiau teismas negalėjo jo apskritai nenagrinėti. Pirmiausia teismas pastebėjo, labai panašia dvasia į jau išdėstytą ekonominę analizę, kad „tuo atveju, kai asmuo pradeda verslą nesiekdamas pelno ir nepaisydamas galimybės patirti nuostolių, turėdamas vienintelį tikslą – pašalinti iš verslo savo konkurentą, *ir* ketindamas pats nutraukti verslą pasiekęs savo piktdžiugišką tikslą, jis yra kaltas dėl savo piktavališko blogio, dėl kurio galima pateikti ieškinį."[16] Tačiau kruopščiai išnagrinėjęs ieškinį ir neradęs „įrodymų, kad atsakovas sąmoningai vykdė finansiškai nuostolingą verslą, arba kad pašalinęs ieškovą iš verslo, atsakovas uždarė ar ketino uždaryti savo paties parduotuvę",[17] teismas atmetė ieškinį. Pagal aplinkybes galima spręsti, kad ieškovas buvo pašalintas iš verslo tik dėl to, jog jo veikla buvo mažiau efektyvi nei atsakovo, o atsakovas ketino toliau tęsti savo verslą, dėl ko vartotojams bus tik geriau. Sprendimas atsakovo naudai, nors jo teisingumo įrodyti negalima (kadangi *Tuttle* nėra lengva byla), yra motyvuotas ir parodo praktinio argumentavimo galią siekiant gauti vargiai objektyvų rezultatą daugelyje (ne visose) sudėtingų bylų. Sąlyga „vargiai objektyvus" yra svarbi. Ji reiškia tik vieną pakopą aukščiau palyginti su savavališkumu. Kita vertus, Boyle'is tuo nori pasakyti daugiau nei vien tik tai, kad sudėtingose bylose įmanoma priimti tik vargiai objektyvius sprendimus. Jis nori pasakyti, kad visi teisiniai argumentai yra bejėgiai, ir kad dėl to teisinis mąstymas tėra fikcija.

Jis galėjo suklysti dėl fakto, kad teisinis diskursas yra dialektiškas, antinominis.[18] Jeigu ieškovas įrodinėja, kad bylai turėtų būti taikoma konkreti taisyklė, ir mėgina sustiprinti savo pozicijas remdamasis taisyklių pranašumais prieš standartus, atsakovas įgyja stimulą atremti šį puolimą nurodydamas standartų pranašumus prieš taisykles. Taigi ginčas generuoja priešingas pozicijas dėl politinių dalykų, kas yra būdinga sprendžiant naujas ir sudėtingas bylas. Tačiau tai tik reiškia, kad rungtyniavimo procesas teisės sistemoje veikia (nors ir ne visai tobulai); toks pastebėjimas mokslo filosofą, bent jau jeigu jis yra Peirce'o ir Popperio tradicijos falibilistas, patenkins labiau nei mėginimas jį įtikinti, jog teisinis tyrimas turi būti neapibrėžtas.

Ar galima apie bendrąją teisę geriau kalbėti vartojant aiškinamąsias, o ne konceptualias sąvokas? Įrodymui, jog galima, Ronaldas Dworkinas pasiūlė „grandininės novelės" analogiją.[19] Pirmoji byla precedentų eilėje yra tarsi grandininės novelės 1 skyrius;

[16] 107 Minesota, p. 151, 119 N.W. p. 948 (pabrėžta).

[17] Ten pat.

[18] Žr. J.M. Balkin, „The Crystalline Structure of Legal Thought", 39 *Rutgers Law Review*, p. 1 (1986).

[19] Žr., pavyzdžiui, *Law's Empire*, p. 228–250 (1986). (Grandininė novelė reiškia novelę, kurioje kiekvienas skyrius yra parašytas skirtingo autoriaus.) Dworkinas analogijos taikymo srities neapriboja bendrąja teise, tačiau tai yra labai abejotina kalbant apie konstitucinę ir rašytinę teisę. Žr. mano knygą *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, p. 258–259 (1988). žr. Jessica Lane, „The Poetics of Legal Interpretation", 87 *Columbia Law Review*, p. 197 (1987); John Stick, „Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretive Turn in *Law's Empire*", 34 *UCLA Law Review*, p. 371 (1986).

ji neapibrėžia kitos bylos (atitinkančios 2 skyrių) sprendimo, tačiau riboja jį, kadangi teisėjas, kuris nagrinėja kitą bylą, panašiai kaip grandininės novelės 2 skyriaus autorius, privalo siekti sklandaus derėjimo su ankstesnės bylos sprendimu. Tačiau kodėl jis privalo tai daryti? Precedentas reiškia arba autoritetą, t.y. priežastį kitą bylą išspręsti tam tikru konkrečiu būdu (nepaisant tos priežasties pagrįstumo), arba informacijos, kuri svarbi kitos bylos sprendėjui, šaltinį. Socialinio intereso dėl sprendimų, priimamų viena po kitos sprendžiamose bylose, nuoseklumo ir suderinamumo nėra. Stabilumas ir nuspėjamumas tėra du iš tų motyvų, kurie nulemia, ar kitos bylos sprendimas seks ar nukryps nuo ankstesnės bylos sprendimo; jie galbūt yra patys svarbiausi, tačiau argumentavimui reikšmės neturi. Vėlesnę bylą nagrinėjančio teisėjo uždavinys nėra interpretacinio pobūdžio; jo uždavinys – priimti geriausią, kokį jis gali, sprendimą, atsižvelgdamas į tai, kad vienas dalykas, kuris daro sprendimą gerą ir kuris nėra vienintelis ir dažnai ne pats svarbiausias, yra tas, jog vėlesnis sprendimas neturi sutrikdyti ankstesniais sprendimais sukurtų lūkesčių. Sprendimai toli gražu nėra vienintelis lūkesčių šaltinis. Teisės keitimas, kad padarytų ją labiau atitinkančią žmonių, kurie nėra teisininkai, suvokiamam teisingumui ir sąžiningumui, gali labiau apsaugoti nei paneigti šalių lūkesčius.[20] Teisėjas, įvertinęs šiuos ir kitus svarbius motyvus, gali nuspręsti išmesti ankstesnius „skyrius" ir pradėti naują startą. Antrasis ir vėlesni grandininės novelės autoriai to daryti negali; o jei jie taip daro, jie nebežaidžia to paties žaidimo.

Galima teigti, jog grandininės novelės analogija primena T.S. Elioto literatūrinės tradicijos suvokimą:

> Tai, kas atsitinka, kai sukuriamas naujas meno kūrinys, yra kažkas, kas tuo pat metu atsitinka visiems anksčiau sukurtiems meno kūriniams. Esantys monumentai suformuoja idealią tarpusavio tvarką, kuri keičiama tarp jų įterpus naują (tikrai naują) meno kūrinį. Esanti tvarka esti išbaigta, kol neatsiranda naujas kūrinys; kad tvarka išliktų naujovei atsiradus, *visa* esama tvarka turi būti pakeista; ir taip iš naujo su visuma suderinamas kiekvieno meno kūrinio santykis, proporcijos ir vertybės; ir tai reiškia suderinamumą tarp seno ir naujo.[21]

Tai yra visapusiškesnis, nei Dworkino propaguotas, tradicinio arba „interpretacinio" požiūrio į reikšmę suvokimas. Ankstesni grandininės novelės skyriai nėra keičiami vėlesnių skyrių, todėl jų autoriai turi mažiau laisvės; o tie, kurie įneša savo įnašą į tradiciją, savo įnašais ją keičia. Marlowe'o reikšmė po Shakespeare'o pasikeitė, kai Blake'o reikšmė pasikeitė po Yeatso, nes mes ankstesnius autorius suprantame remdamiesi savo žiniomis apie vėlesnius.[22] Tas pats dažniausiai yra ir teisėje. Vėlesni tei-

[20] Žr. Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, p. 142–143 (1921); Paul H. Rubin, *Business Firms and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules*, p. 162–165 (1983).

[21] „Tradition and the Individual Talent", leidinyje Eliot, *Selected Essays*, p. 3, 5 (naujas leid., 1950).

[22] Gadamerio aiškinamoji teorija yra panaši. Žr. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (1975); William N. Eskridge jaun., „Gadamer/Statutory Interpretation" (neskelbtas darbas, Džordžtauno universiteto Teisės mokykla, 1989 m. gegužė).

sėjai naudojasi savo aiškinimo laisve keisdami ankstesnius sprendimus, net jei jų konkrečiai ir nepaneigia (nors, žinoma, jie daro ir taip). Kita vertus, egzistuoja svarbus skirtumas. „Tvarka" mene iš tikrųjų susijusi su „monumentais", o pagarbų dėmesį jiems garantuoja jų vertė. Tvarka teisėje susijusi su teisininkų komitetų, kuriuos vadiname apeliaciniais teismais, sprendimais, o šie sprendimai dažnai yra silpnai argumentuoti arba pasenę. Pagarba, kurią teisėjai jiems teikia, priklauso nuo tikrosios ankstesnių sprendimų vertės, kuri yra skirtinga, bei balanso tarp stabilumo poreikio ir substantyvaus teisingumo. Šią pagarbą pavadinti tradicine arba interpretacine – reikštų nuslėpti, kas yra ir turėtų būti pragmatiškas tyrimas.

Kad suprastume ir įvertintume bendrąją teisę, aiškinimo sampratos mums nereikia. Tam, kuris, kaip ir aš pats, mano, jog aiškinimas nėra visapusiškai patikimas metodas pasiekti tikrumą ar netgi pasitikėjimą sprendžiant sudėtingas bylas (žr. kitus du skyrius), yra lengviau nesivarginti dėl aiškinimo, kai sprendžiamos bendrosios teisės bylos. Tačiau tai nereiškia, jog sprendimų priėmimas bendrojoje teisėje yra objektyvesnis nei sprendimų priėmimas remiantis rašytine ar konstitucine teise. Kaip sprendimai pagal rašytinę ar konstitucinę teisę dažnai yra pagrįsti labai ginčytinais aiškinimais, taip ir sprendimai bendrojoje teisėje dažnai yra pagrįsti labai ginčytinu, nors nebūtinai savavališku, politikos nagrinėjimu ar etiniais vertinimais.

9 SKYRIUS

Objektyvumas įstatymų aiškinime

Akivaizdžios reikšmės klaida

Kaip buvo aiškinta 3 skyriuje, teksto interpretavimas nėra dedukcija, bet tiesiog atidus teksto skaitymas bei jo aiškinimas remiantis akivaizdžiomis žodžių reikšmėmis. Holmesas šį interpretavimo būdą apibūdino taip: „Klausiama ne tai, kokią prasmę norėjo suteikti žodžiams teksto autorius, bet tai, ką būtų turėjęs omenyje paprastas žmogus, pavartojęs šiuos žodžius bylos aplinkybes atitinkančioje situacijoje."[1] Būdamas informacinės kalbos teorijos šalininkas, Holmesas nelaikė rašytinio teksto aiškinimo probleminiu. O būdamas antimentalistas, jis manė, kad teisėjams nėra reikalo gaišti laiką skverbiantis į žmonių mąstymą. Be filosofinių ir įrodinėjimo problemų, kurias galėtų sukelti šis procesas, esama didelės tikimybės, kad pastangos bus bevaisės vien dėl to, kad teksto autoriaus mintys buvo visiškai skirtingos nuo nagrinėjamos bylos aplinkybių.[2] Aiškinimo klausimas, kuris kilo ir buvo sprendžiamas jau teisėkūros procese, gali pasirodyti esąs lengvas, jei tik teisėkūros procedūra buvo protokoluojama, o pats klausimas nesukėlė įstatymų leidėjų nuomonių skilimo. Tačiau jeigu toks klausimas nebuvo kilęs anksčiau – įstatymo rengimo ir priėmimo stadijoje – nebus ir samprotavimų, kuriuos būtų galima atkurti, todėl pentatalinės įstatymų aiškinimo teorijos pritaikomumas bus geriausiu atveju ribotas.

Tačiau Holmeso teorija ne ką geresnė. Cituotos ištraukos pagrindu pripažinus, kad žodžio reikšmė priklauso nuo prasmės, kurią jam priskyrė teksto autorius, atsiranda su tuo susiję keisti nenuoseklumai, leidžiantys spėti, jog Demokritas ir Bohras kalbėjo apie skirtingus dalykus vartodami tą patį žodį „atomas". Šiuo požiūriu Konstitucijos 4-oji pataisa negalėjo aprėpti telefoninių pokalbių klausymosi ir kitų elektroninių pasiklausymo prietaisų naudojimo todėl, kad joks paprastas žmogus 1789 m. negalėjo suprasti žodžių „krata ir poėmis" kaip apimančius minėtus veiksmus. Žodžio „spauda", minimo Konstitucijos 1-ojoje pataisoje („Tikėjimas ir žodžio laisvė"), reikšmė pataisos priėmimo metu negalėjo aprėpti televizijos tinklo. Jei vyriausybė finansuotų

[1] „The Theory of Legal Interpretation," 12 *Harvard Law Review*, p. 417–418 (1899). Nors čia jis kalba apie sutarčių aiškinimą, tačiau vėliau paaiškėja, kad tuos pačius principus jis linkęs taikyti ir įstatymų aiškinimui. Žr. id. p. 419–420.

[2] Iliustracijai žr. Zechariah Chafee, Jr., „The Disorderly Conduct of Words," 41 *Columbia Law Review*, p. 381, 400 (1941).

religinių laidų transliuotojus, tai nebūtų laikoma valstybinės religijos įtvirtinimu. Kongreso galios kurti sausumos karines pajėgas ir karo laivyną tokiu atveju negalėtų apimti oro pajėgų sukūrimo.

Holmeso „paprasto žmogaus" metodas išskiria vieną iš kelių galimų kalbinių bendruomenių (pvz., 1789 m. Ameriką, kalbant apie 10 JAV Konstitucijos pataisų) kaip vienintelę autoritetingą ir draudžia bet kokį minčių judėjimą tarp jos ir kitų panašių bendruomenių, įskaitant 1989 m. Ameriką. Atrodo, kad teksto autorių kalbinės bendruomenės pasirinkimas kaip tinkamo orientyro nustatant įstatymo terminų reikšmę, anot Holmeso, nėra akivaizdus. Pavyzdžiui, įstatymas numato muito mokestį importuojamoms daržovėms, bet nieko nekalba apie vaisius. Kyla klausimas, ar šis įstatymas taikytinas pomidorų importui?[3] Botanikui akivaizdu, kad pomidoras yra vaisius, kaip ir žirniai bei pupelės, bet, paprasto žmogaus manymu, visa tai yra daržovės, kadangi jų nevalgome desertui. Kuriai kalbinei grupei šiuo atveju suteiktina pirmenybė? Tarkime, kad vienaip ar kitaip pavyko išsiaiškinti, kad visi deputatai, balsavusieji už minėtą įstatymą, manė, kad jis netaikytinas pomidorų importui. Kokią įtaką turėtų turėti toks jų supratimas? Arba, tarkime, kad nors 1883 m., kai įstatymas buvo išleistas, kiekvienas žmogus priskirdavo pomidorus vaisių kategorijai, šiandien visi juos laiko daržovėmis, tačiau įstatymas ir toliau galioja nepakeistas. Ar tokioje situacijoje reikėtų vadovautis šiuolaikiniu kalbos supratimu, kuris, pasak daugumos teisininkų, turėtų esminės reikšmės ankstesnėje pastraipoje pateiktų Konstitucijos aiškinimo pavyzdžių atvejais, ar vis dėlto pirminė reikšmė būtų lemiama? Kokie bebūtų atsakymai į šiuos klausimus, Holmeso teiginiai lieka abejotini.

Šių teiginių netinkamumas gali būti pademonstruotas išskiriant vidinį (arba semantinį) ir išorinį neaiškumus. Panašų skirtumą daro sutarčių teisės specialistai. Vidinis neaiškumas pasireiškia, pavyzdžiui, kai asmuo, skaitantis tam tikrą sakinį, supranta kalbą, kuria jis parašytas, bet nieko nenutuokia apie sakinio atsiradimo aplinkybes, todėl sakinys jam atrodo neaiškus. Taip atsitinka, kai yra kažkoks vidinis sakinio žodžių prieštaravimas, arba kai gramatikos sintaksės pagalba negalima pašalinti žodžio ar frazės, turinčių kelias reikšmes, dviprasmiškumo, pvz., „tinkamas procesas" 5-ojoje ir 14-ojoje pataisose, arba „vienoda" 14-osios pataisos nuostatoje apie vienodą teisinę apsaugą. Išorinis neaiškumas bus ir sukels tas pačias pasekmes, kai tam tikras sakinys, nors ir suprantamas paprastam žmogui, nežinančiam jo atsiradimo prielaidų, atrodo neaiškus, iškraipytas ar turįs skirtingą reikšmę žmogui, išmanančiam šias prielaidas. Pavyzdžiui, žodis „spauda" 1-ojoje pataisoje, kuris paprasto žmogaus akimis reiškia tik rašytinę spaudą, bet taip susiaurintas profesionalui atrodo nevisiškai atitinkantis šiuolaikinius žinių ir informacijos platinimo metodus. Kitas pavyzdys yra Įstatymo dėl paveldėjimo aiškinimas 3 skyriuje aptartoje *Riggs v. Palmer* byloje, kurioje įpėdinis nužudė palikėją. Įstatyme buvo nurodyta, kad turto palikimas testamentu, atitinkantis nustatytus formalumus, yra teisėtas. Jokio neaiškumo nebuvo, kol staiga nepaaiškėjo faktas, kad asmuo, įvardytas testamente kaip įpėdinis, yra kaltinamas pa-

[3] Šis klausimas buvo kilęs *Nix v. Hedden* byloje, 149 U.S. 304 (1893). Teismo atsakymas buvo teigiamas.

likėjo nužudymu. Holmeso akivaizdžios reikšmės teorija pateikia išorinio neaiškumo sprendimo taisykles ir taip dirbtinai sutrumpina aiškinimo procesą. Galima suprasti formalistus, pripažįstančius šios teorijos patrauklumą, kadangi ji žvelgia į žodžių reikšmę paviršutiniškai, nelaikydama jos priklausoma nuo kokių nors numanomų aplinkybių. Tačiau Holmesas nebuvo formalistas ir jo teorija atrodo gera tik palyginus ją su akivaizdžios reikšmės teorija, kuri, visiškai ignoruodama teksto autorių kalbinę grupę, atsiduoda semantinės žodžių reikšmės malonei.

Jau pakankamai gerai jaučiama aiškinimo metodų, besivaržančių dėl pirmenybės teisėje, įvairovė. Tačiau ieškant objektyvaus aiškinimo metodo svarbiau gebėti atskirti įstatymo teksto rūšį. Jei manysime, kad tai panašu į literatūrinių kūrinių interpretavimą, galime iš karto pakelti rankas, nes perspektyvos surasti visuotinai pripažintą kokios nors sąvokos ar teiginio reikšmę grožinėje literatūroje šiandien yra blankios. Literatūros kritikų bendruomenė tiek suskilo, kad net neįmanoma tiksliai nustatyti žymiausių kūrinių teksto reikšmes. Skirtumas tarp grožinės literatūros ir teisinių tekstų yra toks ryškus, kad teisininko neturi jaudinti netvarka literatūros kritikų bendruomenėje, nors, kita vertus, jis negali tikėtis ir didelės pagalbos iš literatūrinių aiškinimo metodų.[4] Mano manymu, įstatymą geriau būtų suprasti ne kaip literatūros kūrinį, bet kaip paliepimą, todėl Holmesas ėjo teisingu keliu teigdamas (bet ne tuomet, kai jis netrukus nieko nepaaiškinęs atsisakė šio teiginio akivaizdžios reikšmės teorijos naudai), kad „kalbant apie įstatymą .... manytina, jog kadangi turime reikalą su aukščiausiosios valdžios paliepimu, todėl vienintelis dalykas, kurį galime padaryti – išsiaiškinti, ko ši valdžia iš tikrųjų nori".[5]

Galbūt tai ne visai teisingas požiūris, net atidėjus į šalį klausimą dėl to, kas yra aukščiausioji valdžia Amerikos konstitucinėje santvarkoje. Jeigu aukščiausiosios valdžios norai yra neteisingi ar neprotingi, teisėjas galėtų turėti teisėtą galią jiems nepaklūsti, net turėdamas reikalą su konstituciniu įstatymu. Nors šis pastebėjimas dėl įgaliojimų teikti civilizuotą įstatymų aiškinimą, kai „neteisingi ir šališki įstatymai" yra švelninami „teisėjų sąžinės graužimo", buvo aiškiai akcentuotas Konstitucijos rengėjų[6], ir nepaisant to, kad pagrindinė mintis yra tokia pat sena kaip Aristotelio teiginys apie įstatymo teisingumą (žr. *Retorika*, kn. I, §13), teisėtas šių įgaliojimų šaltinis yra neaiškus ir pats šių įgaliojimų egzistavimas kelia abejonę dėl jų beformiškumo. Holmesas griežtai atmetė tokių įgaliojimų egzistavimą pasakęs, kad tuo atveju, jei Jungtinių Valstijų tauta sumanytų patekti į pragarą, jo, kaip teisėjo, pareiga būtų jiems padėti. Toks požiūris yra neatsakingas; kvailo paklusnumo mokymas nėra teismų sis-

[4] Žr. mano knygą *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 5 sk. (1988). Mano manymu, vis dėlto esama kelių reikšmingų analogijų – kai kurias iš jų nurodžiau 6 skyriuje. Taip pat manau, kad aiškinimo netvarka abiejose sferose gali turėti bendras priežastis. Žr. id. p. 265–266. Tačiau atrodo, kad jokios specialios literatūrinės metodikos nebus naudingos įstatymų aiškinimui.

[5] „The Theory of Legal Interpretation", ankstesnė 1-oji nuoroda, p. 419.

[6] *Federalist Nr. 78* (A. Hamilton), *The Federalist Papers*, p. 226, 231–232 (2 leidimas, red. Roy P. Fairfield, 1981).

temos *raison detre*. Bet, nepaisant to, šis požiūris nėra nesuderinamas, kaip galėtų atrodyti, su Holmeso priešiškumu formalizmo atžvilgiu. Visiškai neteisingo įstatymo vykdymas yra patrauklus formalistams, todėl kad tai leidžia įrodyti, kad įstatymas skiriasi nuo teisėjo norų, bet tai lygiai patrauklu ir pozityvistams, nes tuo įtikinamai parodomas teisės ir moralės atskirumas. Ši dviguba bėda padeda paaiškinti teisininko profesijos patrauklumą formalistams.

Atidėjus „civilizuoto aiškinimo" klausimą į šoną, idėja dėl to, kad įstatymas tėra paliepimas, duodamas aukštesnio subjekto (įstatymų leidėjo) savo pavaldiniui (teisėjams), suteikia naudingą pagrindą įstatymų aiškinimo principų tyrinėjimui. Naudingą todėl, kad jis leidžia mums nukreipti dėmesį nuo miglotos „aiškinimo" idėjos į labiau konkretizuotą bendravimo idėją, kuri yra sunkiai suprantama iš akivaizdžios reikšmės teorijos pozicijų. Visi mes apytikriai įsivaizduojame, kas yra bendravimas, mes žinome, kad egzistuoja sėkmingas bendravimas, o paliepimas yra bendravimo atmaina. Taigi paliepimo teorijoje turime aiškų išeities tašką įstatymų aiškinimo analizei.

Bet tai tik išeities taškas, o ne algoritmas. Problema nusakyta teisingai, bet ji nėra išspręsta. Pavyzdžiui, pagal Konstituciją (II str., §1, 5 p.) prezidentu gali būti ne jaunesnis kaip trisdešimt penkerių metų asmuo. Įsivaizduokime, kad asmuo X iškelia savo kandidatūrą į prezidento postą. Jam tik trisdešimt treji, bet jis tvirtina, kad turi daugiau patirties už bet kurį trisdešimt penkerių ar net šešiasdešimt penkerių metų asmenį, kad žmonės šiandien subręsta daug greičiau nei 18 a., kad reikalavimas dėl amžiaus turi būti aiškinamas liberaliai, kad nebūtų pernelyg susiaurintos rinkėjų pasirinkimo galimybės ir kad būtent rinkėjams turi būti patikėta vertinti kandidato amžiaus reikšmę. Šie argumentai, žinoma, nepaveiks teismo. Be to, šis konstitucinis paliepimas, vertinant jį atskirai nuo jo socialinio konteksto, yra sunkiai suvokiamas[7], nors visi žodžiai lyg ir yra aiškūs, o gramatika ir sintaksė – nesudėtingos. Mes linkę nepastebėti socialinio konteksto svarbos šiame pavyzdyje, nes šis kontekstas yra geriausiai žinomas. Bet jeigu žmogaus amžius būtų skaičiuojamas nuo moters pastojimo (kaip tai daroma Indijoje), o ne nuo gimimo, arba jeigu gimimo datos nebūtų fiksuojamos, arba kalendorinių metų trukmė būtų kintama, arba pakeitus kalendorių, arba jei mes naudotume skaičius kokybine, o ne kiekybine prasme (kaip Homeras, kuriam „dešimt metų" reiškia ilgą laiką, o ne fiksuotą laiko tarpą), reikalavimas dėl kandidato į prezidentus amžiaus reikštų vien tik tai, kad kandidatas turi būti subrendęs asmuo. (Šis standartas turbūt būtų per daug miglotas, kad būtų įgyvendintas. Tačiau teismai galėtų jį taikyti vien tik remdamiesi viešąja nuomone – tokia pozicija visada yra galima sprendžiant klausimus dėl neaiškių konstitucijos nuostatų).

Tačiau nė viena iš postuluotų sąlygų neegzistuoja. Vietoje jų turime trisdešimt penkerių metų reikalavimą, akivaizdžiai priklausantį taisyklių, atsitiktiniu būdu nusta-

[7] Cf. Francis Lieber, *Legal and Political Hermeneutics*, p. 28–29 (papildytas leidimas, 1839) ir Bo Hanson, *Application of Rules in New Situations: A Hermeneutical Study*, p. 88–89 (1977). Abu veikalai pabrėžia numanomų sąlygų svarbą bendravime. Tai taipogi yra vienas iš svarbių momentų MacCallumo pateiktame pavyzdyje su pelenine, aptartame 3 skyriuje, kuris yra patvirtinamas *Riggs v. Palmer* byloje.

tančių tam tikros teisės įgijimo sąlygas, užuot suteikus teisę teisėjams priimti vertinamuosius sprendimus, kategorijai. Įstatymų leidėjas nustato aštuoniolikos arba dvidešimt vienerių metų, bet ne realaus subrendimo amžių kaip pilnametystės pasiekimo momentą. Tas pats pasakytina apie leidimą sudaryti santuoką, įgyti vairuotojo pažymėjimą ar teisę į senyvo amžiaus žmogaus lengvatas bei apie atleidimą iš darbo įmonių susijungimo atveju ir t.t. Rinkimų procesas labai pasunkėtų, jeigu kandidatų tinkamumas priklausytų nuo kokybinio vertinimo, kuris faktiškai galėtų būti atliktas tik po rinkimų, t.y. per vėlai. Visa tai buvo aišku 1787 metais ir yra akivaizdu šiandien. Atitinkamos aiškintojų bendruomenės (susidedančios iš teisininkų, teisėjų ir politikų, dirbusių nuo 1787 m. iki šių dienų) sąsajų ir tęstinumo dėka mes nesunkiai suprantame Konstitucijos rengėjų sumanymus ir galime nustatyti, kur taikėsi jų mintys.

Bet tam, kad padarytume šias nesudėtingas interpretacijas, mes turėjome aprėpti mintimis daug daugiau negu vien aiškinamos nuostatos tekstą. Tiesa, kad šioje situacijoje Holmeso pasiūlytas testas – paprasto žmogaus suvokimas – duotų tą patį rezultatą. Tačiau taip atsitiktų tik todėl, kad, laimei, pagrindiniai trisdešimt penkerių metų reikalavimo žodžiai (amžius, trisdešimt penki, metai, prezidentas, tinkamas) išsaugojo tą pačią prasmę, kurią jie turėjo prieš du šimtmečius. Bet tai tik atsitiktinumas, kaip aš pademonstruosiu dviem bylomis, kur įstatymo kalba buvo gana aiški Holmeso požiūriu, tačiau teisingas aiškinimas nebuvo akivaizdus. Pirmasis pavyzdys yra paties Holmeso, dirbusio Masačiusetso Aukščiausiojo Teismo pirmininku[8], vienoje byloje pateikta nuomonė. Masačiusetso konstitucija numatė, kad valstijos atstovų rūmų nariai „renkami rašytiniu balsavimu". Praėjus daugeliui metų buvo nutarta vietoje balsavimo raštu naudoti balsavimo aparatus, o teismo buvo paprašyta pateikti nuomonę dėl tokio pakeitimo konstitucingumo. Kai kuriuose aparatuose popierius nebuvo naudojamas visiškai ir, savaime suprantama, kad niekur nebuvo naudojami atskiri lapeliai kiekvienam balsui užfiksuoti. Nepaisant to, tokia naujovė buvo pripažinta atitinkančia Konstituciją. Holmeso manymu, svarbiausias momentas šioje byloje buvo ne tas vaizdas, kurį Konstitucijos rengėjai turėjo galvoje, bet ta nauda, kurią jie ketino užtikrinti, bei tas blogis, kuriam jie siekė užkirsti kelią. Jis paaiškino, kad buvo siekiama atsisakyti žodinio balsavimo ar balsavimo pakeliant rankas, todėl, kadangi balsavimo aparatai atitinka šį tikslą, jų naudojimas neprieštarauja Konstitucijai. Tai labiau tikslinis, bet ne tiesioginis žodinis aiškinimas.

Kitas mano pavyzdys neturės tokios laimingos pabaigos. Byloje *United States v. Locke*[9] federalinis įstatymas reikalavo iš įmonių, norėjusių vykdyti kasybas federalinės žemės plotuose, pateikti prašymus kiekvienais metais „prieš gruodžio 31 d." Neįregistravus prašymų iki nurodytos datos, teisė vykdyti kasybas buvo atimama. Ieškovai pateikė savo prašymą gruodžio 31 d., bet, Aukščiausiojo Teismo nuomone, buvo jau per vėlu. Nors įstatymas buvo tik devynerių metų senumo ir per visą tą lai-

[8] House Bill No. 1, 291, 178 Mass., 605, 60 N.E. 129 (1901).

[9] 471 U.S. 84 (1985) 1976 m. Federalinio žemės politikos ir valdymo įstatymo aiškinamasis skyrius 314(a), 43 U.S.C.§1744(a).

ką neįvyko jokių semantinių pakitimų, dėl kurių žodžių „gruodžio 30", „prieš" arba „gruodžio 31" prasmė taptų neaiški, atrodo, kad tardamas „prieš gruodžio 31", Kongresas turėjo omenyje „iki gruodžio 31". Metų pabaiga yra visuotinai pripažintas galutinis terminas ir jokių aiškinimų dėl to, kodėl Kongresas norėjo konkrečiame įstatyme nustatyti galutinį terminą dieną anksčiau, taip paspęsdamas spąstus nuosavybės teisėms, nebuvo pateikta. Įstatymo painumą patvirtina ir tai, kad tame pačiame jo skyriuje yra išskiriami pareiškimai, „paduoti prieš 1976 m. spalio 21 d.", ir pareiškimai, „paduoti po 1976 m. spalio 21 d.", paliekant nežinioje pareiškimus, paduotus tiksliai 1976 m. spalio 21 d. – jeigu reikėtų aiškinti žodį „prieš" paraidžiui. Atkreiptinas dėmesys, kad, jeigu šią nuostatą laikytume nagrinėjamo įstatymo teksto dalimi, tuomet įstatymas pasižymėtų vidiniu neaiškumu. Priešingu atveju neaiškumas bus išorinis.

Nuostatos „prieš gruodžio 31 d." pažodinis aiškinimas yra sustingęs, neturintis vaizduotės atsakas į įstatymo leidėjo paliepimą, panašus į MacCallumo pateiktą pavyzdį dėl tarnautojo, kuris, paprašytas surinkti visas pelenines, kurias suras, nuplėšė keletą jų nuo sienų. Tai buvo ne iki galo aiškaus (žmogui, nepažįstančiam atitinkamų papročių) paliepimo pavyzdys. Bet *Locke* byla yra pavyzdys, kur paliepimas buvo iškraipytas. Su panašiais pavyzdžiais mes gana dažnai susiduriame kasdieniame gyvenime. Tarkime, kad aš liepiau savo sekretorei paskambinti ponui Z ir pasakyti jam, kad turiu atšaukti mūsų susitarimą kartu papietauti šiandien, kadangi buvau priverstas netikėtai išvažiuoti iš miesto. Sekretorė pastebi, kad savo dienotvarkėje aš pasižymėjau pietus su ponu Y, o ne Z, bet atsiklausti manęs ji negali, kadangi aš jau išėjau ir esu nepasiekiamas. Argi nėra akivaizdu, kad sekretorė turi skambinti ponui Y, net jeigu mano nurodyme ir nebuvo semantinio ar vidinio neaiškumo? Ir argi *Locke* byla nėra panaši? Galima paprieštarauti, kad įstatymai nėra atsitiktiniai paliepimai ir jeigu Kongresas turėtų omenyje iki gruodžio 31 d., jis taip tiksliai ir pasakytų. Tačiau nesuprantamos tipografinės ar loginės klaidos įstatymuose nėra neįprastas reiškinys. Teisėkūros procesas dažnai yra skubus ir nerūpestingas.[10]

Šie pavyzdžiai iliustruoja Holmeso teiginio, kad įstatymo kalba reiškia būtent tai, ką ji reikštų, paprasto žmogaus supratimu, neaiškumą. Paprastas žmogus nesiaiškina

[10] Pavyzdžių žr. *United States v. Colon-Ortiz*, 866 F.2d 6 (1st Cir. 1989); *Shine v. Shine*, 802 F. 2d 583 (1st Cir. 1986); In re Adamo, 619 F. 2d 216 (2nd Cir. 1980); United States v. Babcock, 530 F. 2d 1051 (D.C. Cir. 1976); Stock v. Department of the Air Force, 186 F. 2d 968 (4th Cir. 1950); Pressman v. State Tax Commission, 204 Md. 78, 102 A. 2d 821 (1954); Johnson v. United States Gypsum Co., 217 Ark. 264, 229 S. W. 2d 671 (1950); State ex rel. Attorney General v. Chicago Mill & Lumber Corp., 184 Ark. 1011, 45 S.W. 2d 26 (1931); Ronson Patents Corp. v. Sparklets Devices, Inc., 102 F. Supp. 123 (E.D. Mo. 1951). Atskiroji nuomonė byloje *Sorenson v. Secretary* of the Treasury, 475 U.S. 851, 867 n. 2 (1986), cituoja laikraščio straipsnį apie taikomą įstatymą, „kurio dalis buvo nukopijuota nuo atmintinių, kita dalis buvo surašyta ranka paskutinę minutę ... kai kurie baigiamieji skyriai skubomis išbraukti pieštuku, [ir] kuriame buvo tokių paslaptingų ir atsitiktinių prirašymų, kaip vardas ir telefono numeris – „Ruth Seymour, 225–4844" – tarsi tai būtų specialių asignavimų gavėjas." Dėl dažno ir neatsargaus žodžio „arba" vartojimo vietoje „ir", žr., pvz., De Sylva v. Ballentine, 351 U.S. 570 (1956); Unification Church v. Immigration & Naturalization Service, 762 F. 2d 1077 (D.C. Cir. 1985).

kiekvieno jam pasakyto žodžio reikšmės su žodynu rankose (daroma prielaida, kad jis žino atitinkamas sąvokas) bei pasitelkdamas į pagalbą gramatikos ir sintaksės taisykles. Jis atsižvelgia į tai, ką aš pavadinau išoriniu neaiškumu. Jis remiasi visa savo turima patirtimi atitinkamose situacijose, kas apima, pavyzdžiui, atsižvelgimą į mano dienotvarkę situacijoje su nurodymu atšaukti susitikimą, arba mokslo pažangą balsavimo aparatų byloje. *Locke* byloje tai apimtų sisteminį įstatymo aiškinimą atsižvelgiant į kitus jo skyrius, visuotinę praktiką dėl galutinių terminų nustatymo ir, be abejonės, fundamentalią taisyklę dėl negalimumo spęsti spąstų neapdairumui. *Riggs* byloje ši fundamentali taisyklė yra griežtesnė – negalima leisti žmogui gauti naudos iš kito nužudymo[11]. Situacijoje su peleninėmis svarbu atsižvelgti į nuosavybės apsaugą, o pavyzdyje dėl trisdešimt penkerių metų reikalavimo kandidatui į prezidentus – į gimimo registravimo sistemą, rinkimų vykdymo tvarką, skaičių naudojimą ir kt. Reikšmė priklauso nuo konteksto bei nuo semantikos ir kitų formaliųjų sakinių savybių. Pastangos išvengti grumtynių su gyvenimo smulkmenomis nustatant žodžių reikšmes yra formalistinis metodas, nebūdingas Holmesui.

Aiškinimo teorijos paieškos

Įstatymo tapatinimas su paliepimu natūraliai verčia tapatinti jo aiškinimą su rengėjų ketinimų nustatinėjimu, vartojant įstatymo žodžius kaip raktą. Įsivaizduokime, kad leitenantas, vadovaujantis atakuojančiam būriui, staiga pamato, kad kelias yra užblokuotas atspariosios ugniavietės. Jis turi du pasirinkimus (išskyrus puolimo nutraukimą): eiti tiesiai į kliūtį arba pamėginti apeiti ją iš kairės. Radijo ryšiu jis susisiekia su kuopos vadu ir paprašo jo nurodymų. Kuopos vadas atsako: „Eik!", bet daugiau nieko nespėja ištarti, kadangi radijo stotis išeina iš rikiuotės. Jei būrio vadas nuspręs, kad, negavęs aiškaus nurodymo, jis turi laukti, kol ryšys bus atstatytas, jis padarys klaidą. Gauta aukštesnio karininko nurodymo dalis liudija, kad pastarasis norėjo, jog puolimas nenutrūktų, ir labai tikėtina, kad kuopos vadas patikėtų leitenantui, kaip tiesioginiam įvykių dalyviui, pačiam nuspręsti, kaip tai padaryti ir kaip išvengti pasitraukimo ar nesėkmės. Leitenantui nusprendus nieko neveikti, nes neturi aiškaus kapitono įsakymo, jis neatsakingai „išaiškintų" pastarojo nurodymą.

Atkreiptinas dėmesys į aiškinimo metodo, pademonstruoto minėtu kariniu pavyzdžiu, progresyvumą palyginti su atsilikusiais „tiesos serumo" ar „proto drumstymo" naudojimo bei akivaizdžios reikšmės metodais. Tarp vienos aiškinimo rūšies, akcentuojančios ištikimybę praeičiai, ir kitos, pagrindinį dėmesį skiriančios prisitaikymui prie ateities (t.y. klausiančios, ką būtina nuveikti?), egzistuoja skirtumas, gal tik stilistinis, bet jis gali pasirodyti esąs svarbus.[12] Tai skirtumas tarp konservatyvaus ir pragmatinio

[11] Nors pripažįstama, kad be aiškaus įstatymo leidimo negalima konfiskuoti žudiko pajamų, gautų parašius knygą apie įvykdytą žmogžudystę. Tačiau fundamentalių normų galia skiriasi: žmonės kartais įvykdo nužudymą siekdami paveldėti, bet niekas nežudo vien tam, kad vėliau gautų pajamų rašydami apie tai knygas.

požiūrio į teisę. Pragmatikas pripažintų, kad įstatymų aiškinimui tinka W.H. Audeno aprašytas (jo poemoje „In Memory of W.B. Yeats") eilėraščio aiškinimo būdas: „Mirusiųjų žodžiai transformuojasi gyvųjų viduje." Akivaizdžios reikšmės įstatymų aiškinimo teorija atmeta pasikeitusių realijų svarbą, tuo tarpu pragmatinė teorija žvelgia į įstatymą kaip į dabarties problemų sprendimo priemonę, t.y. ji pritaiko įstatymą ateičiai. Pragmatinės teorijos požiūriu neturi reikšmės, ar įstatymo tekstas yra išoriškai (t.y. nesiejant jo su gyvenimo aplinkybėmis) aiškus, neaiškus, arba, kaip tai buvo pavyzdyje su kareiviais, aiškiai neužbaigtas (ypač atvira neaiškumo forma).

Amerikos teisėjai dažnai atsiduria karinio būrio vado padėtyje. Įstatymų leidėjo paliepimai yra neaiškūs, o paprašyti paaiškinimų nėra galimybės.[13] Šioje situacijoje teisėjai neturi įsivaizduoti savęs nevykusiais archeologais ar antikvarais. Jie yra gyvo verslo – Jungtinių Valstijų valdymo – dalis, ir, nors jų vadovų nurodymai neaiškūs, jie nėra atleidžiami nuo atsakomybės už šio verslo sėkmę. Panašiai kaip karinio būrio vadas nutrūkus radijo ryšiui paklaustų savęs, ko kapitonas būtų norėjęs iš jo, teisėjai, įstatyme pateiktai informacijai esant neaiškiai, turi klausti savęs, kokio elgesio tikėtųsi iš jų įstatymų rengėjas tokioje nutrūkusio ryšio situacijoje. Šį klausimą privalu užduoti, net jei atsakymas į jį būtų „nieko", ar iš viso nebūtų jokio atsakymo.

Analogija su kariuomene ir paliepimo teorija, kurią ji palaiko įstatymo aiškinimo atžvilgiu, gali vaizduoti teisingumo vykdymą per daug militaristiškai, taip iškeliant paklusimą aukščiau kitų vertybių – pavojus, apie kurį aš buvau įspėjęs 4 skyriuje. Iš tikrųjų šios analogijos tikslas yra priešingas. Netgi aplinkoje, pagrįstoje pagarba, paklusimu ir hierarchija, t.y. kariuomenėje, įsakymai kartais turi būti aiškinami, kas įpareigoja pavaldinius būti kūrybingiems ir lakios vaizduotės.[14] Tačiau ar žodis „interpretavimas" yra tinkamas paaiškinti reikalo esmę? Iš tikrųjų atrodytų, kad kalbama daugiau ne apie aiškinimą, bet apie darbo užbaigimą, ne apie teksto gramatinį nagrinėjimą, bet apie darbo pasidalijimą tarp nuošalėje esančio vado ir įvykio vietoje dirbančio pavaldinio. Padėtį sunkina tai, kad terminas „interpretavimas" yra chameleonas. Ar muzikantas, „interpretuojantis" savo atliekamą muzikos kūrinį, išreiškia kom-

[12] Žr. T.Alexander Aleinikoff, „Updating Statutory Interpretation", 87 *Michigan Law Review*, p. 20, 21–22 (1988).

[13] Kalifornijoje įstatymų leidėjo atstovai gali būti kviečiami kaip liudytojai, galintys paaiškinti galimą įstatymo teksto prasmę. Žr. Comment, „Statutory Interpretation in California: Individual Testimony as an Extrinsic Aid", 15 *University of San FranciscoLaw Review*, p. 241 (1980). Yra pavojus, kad įstatymų leidėjo atstovas gali tyčia pakeisti įstatymo prasmę, pateikdamas tokį jo aiškinimą, kuris buvo ar būtų atmestas daugumos deputatų įstatymo priėmimo stadijoje. Be to, pateiktas aiškinimas gali neatitikti dabartinių teisėkūros tendencijų.

[14] Pavaldinio negalima bausti už tai, kad jo vaizduotė nesutapo su vado ketinimais. Tai gali turėti reikšmės ir teisei: galbūt pareigūnams nereikėtų užkrauti atsakomybės už pasekmes, sukeltas pasirinkus vieną iš keleto tikėtinų jų taikomo įstatymo aiškinimo variantų. Tam tikra prasme ši pamoka išėjo į naudą – aš kalbu apie doktrinas, suteikusias pareigūnams imunitetą nuo atsakomybės už žalą, padarytą dėl sąžiningo įstatymų aiškinimo ir reikalaujančias iš teismų paisyti administracinio įstatymų aiškinimo, bei apie pareigūnų atleidimą nuo atsakomybės už jų padarytus netyčinius įstatymo pažeidimus.

pozitoriaus ar pačios kompozicijos „idėją", ar jis verčiau išreiškia save partitūros tarpeliuose? Ar *cy pres* (pranc. *cy près* [*comme possible*], „taip arti, kaip tik galima") doktrina, pagal kurią labdaros fondas, iš esmės pasikeitus aplinkybėms, gali būti panaudotas kitam tikslui negu buvo nustatęs jo įkūrėjas (pvz., subsidija tuberkuliozės tyrimams bus panaudojama emfizemos tyrimams), užuot jį likvidavus ir paskirsčius lėšas tarp testatoriaus paveldėtojų, yra produktyvi aiškinimo prasme?

Kuo daugiau galvojama apie aiškinimą bendrąja prasme, tuo labiau nutolstama nuo svarbaus klausimo, susijusio su įstatymų aiškinimu, kuris yra labiau politinis negu gnoseologinis: kiek laisvai nuo įstatymo teksto grandinių ir nuo įstatymų leidėjo ketinimų turi jaustis teisėjai taikydami įstatymus ir konstituciją? Nors aiškinimas yra neapibrėžta, plati, net beribė sąvoka, tai nereiškia, kad teisėjai turi laikyti save turinčiais visišką laisvę aiškindami įstatymų ir konstitucijos nuostatas. Kai kurie „interpretatoriai" mano, jog, įrodinėdami teisėkūros proceso aiškinamąjį pobūdį, jie sykiu pasisako už teisėjų interpretavimo laisvės suvaržymą. Anaiptol. Aiškinimo ribos yra per daug lanksčios. Holmeso akivaizdžios reikšmės teorija, kaip ir tiesos *serumo* teorija, verčiau apkerpa negu apibrėžia aiškinimo procesą, todėl jos gali būti pateisinamos, jei iš viso gali, tik politiniais ir instituciniais, bet ne semantiniais ar gnoseologiniais sumetimais.

Galbūt geriau būtų visiškai atsisakyti žodžio „aiškinimas" ir kalbėti pragmatine maniera apie skirtingų požiūrių į teisėjo vaidmenį bylose dėl įstatymų ir konstitucijos aiškinimo konkurencijos pasekmes – vieno požiūrio, ginančio visišką teisėjo laisvę, ir kito, pabrėžiančio teisėjo, kaip pareigūno, užimančio pavaldinio vietą valstybės valdymo sistemoje, atsakomybę. Prie šio pasiūlymo bus sugrįžta kitame skyriuje.

Karinė organizacija yra labiau vienarūšė negu vyriausybė, todėl šis skirtumas gali atrodyti nesuderinamas su mano pasiūlyta ir nagrinėjama analogija. Skirtingai nuo vyresniųjų karininkų ir pavaldinių, įstatymų leidėjo ir teisėjų propaguojamos vertybės gali skirtis. Iš tikrųjų įstatymas gali atspindėti ne ką daugiau negu politinę kokios nors interesų grupės, kuriai pavyko tokiu būdu atimti turtus iš kitos, mažiau organizuotos, valią. Tačiau bendroji idėja, dėl kurios teisėjai yra įpareigoti dirbti, nėra kažkokių specifinių savarankiškų vertybių rinkinys, bet taikus ir tvarkingas šalies valdymas. Žinoma, tai irgi yra vertybė, bet tokia, kuri yra kartu plačiai pripažįstama ir neneigianti galimų nesutarimų dėl konkrečių jos įgyvendinimo priemonių. Vienas iš idėjos elementų yra valdžių padalijimas, kurio rezultatas – teisėjai turi sąžiningai stengtis įgyvendinti įstatymus neatsižvelgiant į tai, pritaria jie, ar ne, juose įvardytoms priemonėms ir tikslams. Šia prasme teisėjų padėtis primena pavaldinių padėtį kariuomenėje, kur pastarieji gali mintyse pritarti, ar ne, savo vadų taktiniams ar politiniams tikslams, bet vis tiek privalo jų siekti.

Aš nenoriu teigti, kad bendros teisėjų ir įstatymų leidėjo vertybės gali būti naudojamos kaip priedanga sprendžiant sudėtingas bylas tokiu būdu, kuris atrodytų kaip įstatymų leidėjo norų išpildymas. Mano mintis yra, kad bendrųjų vertybių buvimas verčiau iš dalies atsako į kritiką, kad teisėjų kūrybiškumas yra iš prigimties uzurpatoriškas. Bet aš taip pat neatsisakau savo kritikos „etimologinės" aiškinimo teorijos adresu (žr. 4 skyrių). Ši teorija tinka spręsti bylas, kuriose teisėjams, nepaisant jų sąžiningų pastangų iš-

aiškinti ginčijamą įstatymo ar konstitucijos nuostatą, nieko nepavyko pasiekti. Tik nedaugelis suabejos teisėjo pareiga dėti tokias pastangas ir susitaikyti – su jų dėka pasiektu rezultatu, neskaitant situacijos, kurią aš pavadinau ribota civilizuoto aiškinimo galimybe. Tačiau jeigu pastangos neduos rezultato, teisėjas veikia savo atsakomybe.

Galima teigti, kad jei būrio vadas negali iššifruoti savo viršininko įsakymo, jis veiks taip, kaip jam atrodys geriausia, ko neturėtų daryti teisėjas. Tačiau būrio vadas yra pavaldinys ir vienas iš jo vadų yra doktrina. Leitenantui nepriklauso spręsti, kokia bus Jungtinių Valstijų kariuomenės puolimo strategija. Lygiai taip pat ir teisėjas, interpretuodamas neaiškų įstatymą, neturi mėginti pritempti viešosios politikos prie savo asmeninio gėrio ir blogio suvokimo – su sąlyga, kad įstatymo politiką galima atpažinti. Tačiau šiuo negalima vadovautis atsakant į iškilusį specifinį klausimą dėl aiškinimo. Teisėje, kaip ir kare, doktrina padeda tik iš dalies.

Kitas prieštaravimas dėl analogijos su kariuomene yra tai, kad būrio vadas neturi laiko pasitarti su savo viršininkais. Tačiau su ta pačia situacija susiduriame teisminio įstatymų aiškinimo procese. Teisėjai negali pasikonsultuoti su įstatymų leidėju ir jiems trūksta laiko, temperamento ir reikiamo pasirengimo, kad atliktų visavertę konkretaus įstatymo priėmimo prielaidų ir tikslų analizę, kurią galėtų atlikti tik profesionalus istorikas ar politologas. Geresnis kontrargumentas analogijai yra tai, kad paliepimas teisėjui, kitaip nei įsakymas leitenantui, gali būti nutolęs laiko atžvilgiu, todėl teisėjui yra sudėtingiau atsekti paliepimo motyvus.[15]

Pagrindinė analogijos su kariuomene idėja atlaiko visą kritiką. Netgi labiau hierarchinėje ir vienarūšėje už teismo sistemoje aiškinimas yra veikiau kūrybinis negu mechaninis. Tai mėginimas suprasti situaciją, o ne vien tekstą ar kitą bendravimo priemonę. Susidūrę su neaiškiu įstatymu teisėjai, tarsi jaunesnieji karininkai, gavę neaiškų įsakymą, turi sutelkti visą savo vaizduotę ir empatinius sugebėjimus ir pasistengti – nors ši pastanga dažnai yra pasmerkta žlugti – pasijusti įstatymo rengėjo, priėmusio jų dabar aiškinamą įstatymą, kailyje. Jie negali paprasčiausiai nagrinėti įprastų sąvokų reikšmių, bet turi suprasti tą problemą, kurią įstatymų leidėjas mėgino išspręsti įstatymu.

Tai „kūrybingo atkūrimo" metodas, aprašytas 3 skyriuje.[16] Jis kuo puikiausiai veikia *Riggs* byloje; ne veltui teisėjų dauguma minėjo Aristotelį, šio metodo kūrėją (ar

[15] Žr. William N. Eskridge, Jr., „Spinning Legislative Supremacy" (neskelbtas darbas, Georgetown University Law School).

[16] Be 3 skyriuje išvardytų nuorodų, žr. Bedrich Baumann, *Imaginative Participation: The Career of an Organizing Concept in a Multidisciplinary Context*, 7 sk. (1975), o apie metodo sunkumus žr., pvz., David Boucher, „Conversation and Political Thought", 18 *New Literary History*, p. 59 (1986); Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (1975); E.D. Hirsch, Jr., „Meaning and Significance Reinterpreted", 11 *Critical Inquiry*, p. 202 (1984). Atkreiptinas dėmesys, kad kūrybingas atkūrimas, kiek jis yra efektyvus, suteikia veiksmingą priešnuodį prieš „kitų protų" skepticizmą, aptartą 2 skyriuje, bei reikalauja įvertinti mano nusistatymą dėl netyčios, minėtą 5 skyriuje, kuriame kalbama apie baudžiamąją teisę. Bet tik kuklios kvalifikacijos. Užuot klausiant, ko norėjo ar ką turėjo omenyje įstatymų rengėjas, galima paklausti, koks aiškinimo variantas padės įgyvendinti principą, įkūnytą viename ar kitame įstatyme. Tai iš esmės tas pats klausimas, tačiau suformuluotas nementaline prasme. (Prisiminkite mano nementalinį „tikslo" aiškinimą.)

pirmąjį komentatorių). Tačiau esama pavojaus, kad teisėjas gali priversti kitus suprasti įstatymą taip, kaip, jo manymu, jis turėtų būti suprantamas. Prisiminkime normą, nustatančią trisdešimt penkerių metų reikalavimą, ir įsivaizduokime, kad teisėjai yra visiškai įsitikinę, jog tai yra pasenęs, savavališkas bei pavojingas žmonių laisvės balsuoti už jiems priimtiną kandidatą į prezidentus, apribojimas, ir kad jeigu šios normos kūrėjai pamatytų visas permainas, įvykusias nuo 1787 m. – demokratijos principų išplėtimas (dabar prezidentas ir senatoriai renkami tiesiogiai, kitaip nei pradiniame konstitucijos tekste numatytų netiesioginių rinkimų), mažesnė garbaus amžiaus valstybės tarnautojų įtaka, labiau išsilavinę, nors taip pat mažai informuoti, rinkėjai – jie sutiktų, kad amžiaus reikalavimas turi būti aiškinamas lanksčiai. Argi šis aiškinimas neatitinka kūrybingo atkūrimo metodo ir mano nuomonės dėl tinkamo *Locke* bylos sprendimo? Manau, kad ne. Tačiau mano argumentai yra labiau praktiniai negu semantiniai ar istoriniai, ar (siaurąja prasme) „aiškinamieji" – ne vien tik tikrumo dėl kandidatų tinkamumo būtinumas, bet ir tai yra labiau praktinė ir aktuali priežastis, daug didesnė žala, kurią prezidentas gali sukelti šiame branduoliniame amžiuje, palyginus su 18 a., nulemia asmens brandos svarbą, nors ir nelengvai išmatuojamą, šiam postui dabar negu anksčiau.

Pavojus, kad riba tarp aiškinimo ir politikos formavimo galutinai išnyks ir įstatymų aiškinimas ištirps bendrojoje teisėje, yra atspindėtas Harto ir Sackso pasiūlytoje kūrybingo atkūrimo versijoje (žr. 3 skyrių). Jų manymu, teisėjai, aiškindami įstatymus, turi daryti prielaidą, kad įstatymų leidėjai buvo protingi asmenys, norėję pasiekti protingų rezultatų ir veikę viešojo intereso labui. Šį siūlymą galima suprasti dvejopai. Viena, galima pagalvoti, jog teismai turėtų atsisakyti taikyti neprotingus įstatymus – tai „civilizuoto" aiškinimo idėja, bet esu beveik visiškai tikras, kad Hartas ir Sacksas turėjo omenyje kitką. Antra, galbūt norėta pasakyti, kad teisėjas turi elgtis taip, kaip jam atrodo tinkamiausia, būdamas įsitikinęs, kad įstatymų leidėjai, tokie pat protingi žmonės kaip jis pats, tikėtųsi iš jo būtent tokio elgesio. Ypač kai įstatymas yra senas – ir protingi įstatymų leidėjai turi tai suprasti – teismų privalumas yra jų sukaupta patirtis, kurios įstatymų leidėjai dėl žmogiškojo įžvalgumo ribotumo negalėjo numatyti priimdami įstatymą. Įstatymai šiuo požiūriu labiau panašūs į precedentus negu į paliepimus – jie yra tarsi bandomasis teisės sąvokų formulavimas, kurį teismai gali laisvai vertinti ir persvarstyti remdamiesi savo patirtimi, įgyta nuo įstatymo priėmimo dienos.

Kažką panašaus siūlė Jamesas Landisas, Harto ir Sackso pirmtakas vadinamojoje „progresyvaus formalizmo" mokykloje ir ką neseniai atgaivino Guido Calabresi.[17] Galima pagalvoti, kad Landisas ir Calabresi (ypač pastarasis, nes Landisas akcentuoja galimą įstatymų naudojimą kaip precedentą įvairiose bendrosios teisės srityse) nori leisti teisėjams elgtis su įstatymais taip pat nepagarbiai, kaip jie jau elgėsi su ankstesnėmis bylomis. Šis požiūris slypi Aristotelio mokyme, kur teisingas aiškinimas ir

[17] Žr. James M. Landis, „Statutes and the Sources of Law", *Harvard Legal Essays*, p. 213 (red. Roscoe Pound, 1934); Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982).

kūrybingas atkūrimas susilieja – šio susijungimo tikriausiai neišvengia nė vienas asmuo, kuris, kaip Aristotelis, Hartas ir Sacksas, Landisas ir Calabresi, teisėkūroje vadovaujasi verčiau viešojo intereso, o ne siaurų interesų grupių teorija (žr. 20 išnašą).

Taip suvoktas kūrybingas atkūrimas kartais atneša naudos, ypač kai teisėjas susiduria su viešojo intereso teisėkūra, kaip, pvz., Įstatymas dėl paveldėjimo *Riggs* byloje. Jo pagrindinis silpnumas yra jo nesavalaikiškumas. Nesunku įsivaizduoti save Homero vietoje mėginant suprasti Iliadą (vienas iš Vico pateiktų kūrybingo atkūrimo pavyzdžių), jei Homeras buvo tiesiog toks pat protingas žmogus kaip jūs ir aš. Nereikia ypatingų gudrybių, kad įsivaizduotum save konstitucijos rengėjų vaidmenyje, jeigu pripažintum, kad jie skyrėsi nuo mūsų tik tuo, kad mes žinome daugiau dėl išgyventų dviejų papildomų istorijos šimtmečių ir šiuolaikinio mokslo, kurio jie, žinoma, neturėjo. Tačiau, tarkime, kad mes esame realistai ir pripažįstame, kad šie žmonės iš esmės skyrėsi nuo mūsų, buvo kitaip mokyti ir auklėti, turėjo kitokią patirtį ir atitinkamai puoselėjo kitas vertybes. Tuomet turėtume įsivaizduoti, kaip šie žmonės spręstų šiandien iškylančius klausimus, jei žinotų tai, ką žinome mes. Ši užduotis yra neįvykdoma ne tik praktiškai, bet ir teoriškai. Žmonės yra tokie, kokie yra, puoselėja tas vertybes, kurias turi ir t.t. ne tik dėl savo charakterio, bet taip pat dėl turimų žinių, įgytų patirtimi ir mokymusi; kitaip tariant, jie yra priklausomi nuo konkrečių istorinių aplinkybių. Jei konstitucijos rengėjai žinotų tai, ką žinome mes, galbūt jų vertybės būtų kitokios negu tos, kurias jie faktiškai turėjo. Hamiltono, Madisono ir kitų rengėjų klonai, jei jie gyventų šiandien, geriau ar blogiau negu jų originalai galvotų apie federalizmą, prigimtines teises, religiją ir lyčių lygybę.

Štai paprastas kūrybingo atkūrimo ribotumo pavyzdys. Aš pakviečiau draugą vakarienei 7.30 val. ir noriu sužinoti, ar jis ateis laiku. Užuot mėgindamas įsivaizduoti save jo vietoje – vargu ar daug tuo pasieksiu – indukcijos pagalba analizuodamas kitus jo punktualumo ar vėlavimo atvejus apytikriai apskaičiuosiu, ar jis ateis laiku, ar pavėluos (ir kiek) šį kartą.[18] Indukcijoje gausu spąstų, bet kūrybingas atkūrimas spendžia jų dar daugiau. Analogiška situacija susiklosto, kai į įstatymų aiškinimą žiūrima kaip į mėginimą išpranašauti galimus įstatymų leidėjų atsakymus į konkrečios bylos klausimą. Įsivaizduoti save įstatymų leidėju (žinoma tik iš dalies, nes priešingu atveju reikėtų įsivaizduoti save visos įstatymų leidžiamosios valdžios vaidmenyje) teisėjui paprastai yra neįvykdoma užduotis ir jis priverstas sugrįžti prie indukcijos. Tačiau ši indukcija bus susijusi ne su draugu, bet su įstatymų leidėjų – žmonių, kurių teisėjas tikriausiai nepažįsta asmeniškai ir apie kuriuos jis apskritai žino nedaug – praeities elgesiu, todėl tai bus gąsdinanti užduotis.

Įstatymai, išleisti tais laikais, kai moterys dar neturėjo balsavimo teisės, dažnai reikalaudavo, jog prisiekusieji būtų renkami iš asmenų, turinčių šią teisę, tarpo. Ar suteikus balsavimo teisę moterims pastarosios įgijo ir teisę būti prisiekusiaisiais?[19] Įsta-

[18] Cf. Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, p. 92 (1949).

[19] Palyginkite *Commonwealth v. Maxwell* bylą, 271 Pa. 378, 114 Atl. 825 (1921), kurioje buvo duotas teigiamas atsakymas į šį klausimą, su *People ex rel. Fyfe v. Barnett*, 319 Ill. 403, 150 N.E. 290 (1926), ir *Commonwealth v. Welosky*, 276 Mass. 398, 177 N.E. 656 (1931) bylomis, kuriose atsakymas buvo neigiamas.

tymų leidėjai, priėmusieji šiuos įstatymus, tikriausiai nemanė, kad moterys yra tinkamos būti prisiekusiaisiais. Tariant, kad jų nuomonė būtų kitokia, jeigu jie gyventų mūsų laikais, mes pakeičiame juos kitais žmonėmis – būtent savimi – ir čia visuomet slypi kūrybingo atkūrimo pavojus. Galima samprotauti ir kitaip: tikėtinas minėtų įstatymų tikslas buvo susieti teisę būti prisiekusiuoju su rinkimų teise, taip įvedant minimalų reikalavimą ir nesivarginant dėl specialių kriterijų prisiekusiesiems nustatymo ir taikymo. Pasikeitus rinkimų teisės kriterijui automatiškai keičiasi ir kriterijus dėl teisės būti prisiekusiuoju. Įstatymų leidėjo supaprastintas požiūris į tinkamumą būti prisiekusiuoju būtų suardytas, jei bet kuris balsavimo teisės suteikimo kriterijaus pasikeitimas įvarinėtų pleištą tarp šio kriterijaus ir tinkamumo būti prisiekusiuoju kriterijaus. Tačiau norint išsaugoti ištikimybę įstatymo tikslui, reikėtų atsižvelgti į tai, kaip tvirtai įstatymų leidėjai buvo nusistatę prieš moterų įtraukimą į prisiekusiųjų kolegijas. Ar jie buvo tiek tikri dėl to – priimdami įstatymą, kuris net neminėjo moterų įtraukimo į prisiekusiųjų sąrašus galimybės – kad net ketino perleisti savo įsitikinimus ateities kartoms, kai moterų socialinis vaidmuo jau buvo pasikeitęs? Mažai tikėtina. Bet galbūt ši kontrafaktinio spėliojimo rūšis yra tuščia ir jos visiškai reikėtų vengti.

Kitu argumentu prieš tikslinį aiškinimą gali tapti teiginys, kad įstatymai dažnai išreiškia kompromisą tarp kovojančių frakcijų ir interesų grupių[20], todėl tikslinis aiškinimas gali šį kompromisą sugriauti. Tarkime, įstatymų leidėjas priėmė įstatymą, draudžiantį kai kurias sukčiavimo su vertybiniais popieriais formas, bet nesuteikė nuostolius dėl įstatymo pažeidimų patyrusiems asmenims teisės reikšti pažeidėjams ieškinius dėl jų atlyginimo. Taip pat įsivaizduokime, kad įmanoma įrodyti, jog šio įstatymo būtų laikomasi griežčiau, jeigu tokia teisė būtų suteikta. Ar tokiu atveju turėtume pripažinti, kad įstatymo tikslas būtų pasiektas išaiškinus jį kaip suteikiantį teisę į ieškinius? Iš tikrųjų aiškios nuorodos į ieškinius dėl nuostolių atlyginimo nebuvimas įstatyme galėtų būti ta kaina, kurią įstatymo rengėjai turėjo sumokėti, kad surinktų reikalingą įstatymui priimti balsų daugumą, bei įveikti abejones dėl jo protingumo, finansų maklerių įmonių spaudimą ir t.t. Jei taip, tai tikslinis įstatymo aiškinimas suteiktų vienai iš kovojančių frakcijų pranašumą, kurio ji nesugebėjo įgyti įstatymų leidyboje. Reikėtų taip pat atsižvelgti į tai, ką įstatymų leidėjai žinojo apie įstatymų, nemininčių teisės į ieškinį dėl nuostolių atlyginimo, aiškinimą teismuose. Tarkime, kad jie neturėjo apie tai menkiausio supratimo galbūt dėl teismų praktikos nenuoseklumo. Tai leistų manyti, kad, užuot ieškoję kompromiso dėl to, ar ieškiniai dėl nuostolių atlyginimo turėtų būti leidžiami, įstatymų leidėjai paliko šio klausimo sprendimą teismų nuožiūrai.

[20] Interesų grupių teisėkūros teorija ir jos santykis su įstatymų aiškinimu plačiai nagrinėjami teisės, ekonomikos ir politikos literatūroje. Žr., pvz., Arthur F. Bentley, *The process of Government: A Study of Social Pressures* (1908); David B. Truman, *The Governmental Process: Political and Public Opinion* (1951); James M.Buchanan ir Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962); George J. Stigler, *The Citizen and the State; Essays on Regulation* (1975); Gary S. Becker, „Pressure Groups and Political Behavior" knygoje *Capitalism and Democracy: Schumpeter Revisited*, p. 120 (red. Richard D. Coe ir Charles K. Wilbur, 1985); „Symposium on the Theory of Public Choice", 74 *Virginia Law Review*, p. 167 (1988).

Tikslinio aiškinimo alternatyva būtų mėginimas surasti įstatyme įkūnytą sandorį ir jį įgyvendinti. Tačiau kadangi tikėtina, jog sandoris yra slaptas, kaip teismui išsiaiškinti jo sąlygas? Sutartys taip pat yra sandoriai, bet jų pagalba padedamas pagrindas bendradarbiavimui, ir dažnai yra akivaizdu, koks aiškinimas būtinas, kad būtų išsaugotas ar plėtojamas šis bendradarbiavimas. Įstatymų leidybos sandorio esmė gali būti paprasčiausias turto perdavimas interesų grupei ir teisėjams prieinamais metodais gali būti neįmanoma nustatyti, ar šis perdavimas atrodo nevisiškas dėl to, kad taip reikalavo sandorio sąlygos, ar dėl to, kad įstatymų leidėjams paprasčiausiai nepavyko dėl įžvalgumo trūkumo numatyti dabar iškilusio netikėtumo. Nors neatrodo, kad visi įstatymai yra tokio pobūdžio, tačiau teismams yra ypač sunku nustatyti, ar jie turi reikalą su neprincipiniu sandoriu, neturinčiu tendencijos daryti įtakos įstatymo aiškinimui, ar su įstatymų, priimtu viešojo intereso labui ir todėl nusipelno kilnaus, tikslinio aiškinimo, ar pagaliau su įstatymu, nors ir atitinkančiu viešąjį interesą, tačiau nustatančiu tam tikrus apribojimus, įtrauktus dėl galingų interesų grupių įtakos – apribojimus, kurie sudarė įstatymo priėmimo kainą.[21] Teisėjai linkę ignoruoti šiuos apribojimus, bet pasidavus šiai pagundai gali gerokai pasunkėti panašių įstatymų priėmimas ateityje. Triukšmą sukeltų taip pat teisėjų atsisakymas taikyti įstatymą, kurio tikslas buvo aiškiai įžvelgiamas tuo pagrindu, kad jis, nors ir atitiko Konstituciją, tačiau išreiškė neprincipinį sandorį su kokia nors ypatinga interesų grupe ir dėl to buvo nevertas įgyvendinimo.

„Sandorio" metodas gali tilpti į tikslinį aiškinimą nurodžius, kad reikšmingas tikslas glūdi ne frakcijoje, forsavusioje įstatymo priėmimą, bet pačiame įstatymo priėmime su visais į jį įtrauktais kompromisais. Tačiau tai yra vienas iš tų semantinių suderinimų, kurie praktiškai netenkina mąstančio žmogaus. Tikslinis aiškinimas yra beprasmis, jeigu neįmanoma įžvelgti tikslo, o kompromiso buvimas dažnai paverčia tikslo įžvalgą niekais. Pagaliau atkreiptinas dėmesys į sandorio metodą, kuris yra patrauklus teisiniams pozityvistams: greitas ir užtikrintas įstatymo, atvirai įteisinančio amoralų gėrybių perskirstymą, taikymas teismuose iliustruoja teisės ir moralės atskirumą.

Neišspręstos bylos dėl įstatymų aiškinimo

Kai žlunga kūrybingas atkūrimas, nebeveikia tikslinis interpretavimas, arba kai šiais metodais nustatoma, kad ginčijamas klausimas paprasčiausiai buvo paliktas teismų nuožiūrai, įstatymo aiškinimas transformuojasi į teismų veiklą ir atsiranda įprastos

[21] Bendroji idėja buvo puikiai suformuluota Aukščiausiojo Teismo: „Joks įstatymas nesiekia savo tikslų bet kokia kaina. Sprendimas, kokios konkuruojančios vertybės bus, ar ne, paaukotos siekiant vieno ar kito tikslo, ir yra pati įstatymų leidybos pasirinkimo esmė – ir įstatymų leidėjo ketinimai būtų greičiau sužlugdyti negu įvykdyti, jeigu pernelyg supaprastintai būtų padaryta prielaida, kad bet kas, kas atitinka pirminį įstatymo tikslą, ir yra teisė." Byla *Rodriguez v. United States*, 480 U.S. 522 (1987) (per curiam). Nelaimei, teismas viską sugadino tame pačiame sprendime pasikliovęs aiškinimo kanonais, kurių dirbtinumas yra visiškai priešingas ką tik cituotos ištraukos realizmui.

teismų objektyvumo problemos. Tai paaiškina ilgalaikį akivaizdžios reikšmės metodo patrauklumą; jis padeda išvengti aiškinimo netikslumų. Tačiau tai brangiai kainuoja: teismams tenka atsisakyti įstatymų leidėjo komunikacinių ketinimų ir panašių platesnių tikslų rimto vertinimo daugybėje bylų, kuriose tokie ketinimai gali būti įžvelgti, o likusiose bylose teismams tenka atsisakyti vaidinti konstruktyvų vaidmenį formuojant teisingą viešąją politiką.

Pirmaisiais dviem atvejais, kuriais aš pradėjau šį skirsnį (galima juos pavadinti nepavykusio aiškinimo atvejais), mes neturėjome priemonės, leidžiančios nustatyti įstatymų leidėjo norus, o trečiuoju atveju žinojome, arba įsivaizdavome, kad žinome, jog jis norėjo suteikti apsisprendimo teisę teismams. Taigi pastaruoju atveju galima kalbėti apie kompetencijos delegavimą ir apie suteikimą teismams bendrosios teisės normų kūrimo galių, tuo tarpu kai pirmaisiais dviem atvejais kyla teisėtumo klausimas – kas įgaliojo teismus spręsti bylas, kuriose taikytino įstatymo reikšmė yra nežinoma? Tačiau visi trys atvejai iš esmės yra vienodi. Faktas, kad įstatymų leidėjas nesugeba išspręsti politinės problemos, pvz., ar konkretus įstatymas turėtų būti įgyvendinamas ieškiniais dėl nuostolių atlyginimo, dar neduoda pagrindo išvadai, kad jis norėjo, jog teismai išspręstų ją, arba kad jie imtųsi pagalbinio įstatymo leidėjo vaidmens. Galbūt įstatymų leidėjas neturėjo nei noro, nei nuomonės dėl to, ar teismai turi stengtis užpildyti spragas ir išsklaidyti abejones jo darbe. Neatsižvelgiant į tai, ar įstatymų leidybos spraga atsiranda dėl įžvalgumo trūkumo, ar dėl to, kad įstatymų leidėjai nesugebėjo susitarti dėl jos pašalinimo būdo, ar dėl to, kad jiems pritrūko laiko šiam klausimui spręsti, ar dėl to, kad jiems paprasčiausiai buvo nusispjauti, nėra aišku kaip su šia spraga turi elgtis teismai. Atvejai, kai įstatymų leidėjas aiškiai deleguoja teisėkūros funkciją teismams, yra reti, todėl skirtumas tarp atsitiktinių ir sąmoningai paliktų spragų teturi mažą praktinę reikšmę. Abiem atvejais pats teismas turi nuspręsti, ar užpildyti spragą. Jei teismas tai daro (užpildo spragą), jis faktiškai įgyvendina tam tikrą veiksmų laisvę, kuria bendrosios teisės teismai naudojasi spręsdami klausimus, nesureguliuotus precedentais.

Šimtmečiais dedamos pastangos nepasiduoti šiai išvadai ir įrodyti, kad prasmingas aiškinimas yra įmanomas bet kurioje byloje žlugo ir problema liko neišspręsta. Akivaizdžios reikšmės taisyklė kartu su kitais „aiškinimo kanonais" yra plačiai ir, apskritai paėmus, neigiamai vertinama literatūroje.[22] Smarkiausiai kritikuojama ne tai, kad šie kanonai yra klaidingi, nors kai kurie – tarp jų yra ir visai taikiai atrodančių – yra ir tokie.[23] Šie kanonai pripažįstami tik kaip vertas dėmesio nuomonių sąrašas,

[22] Žr. nuorodas ir diskusiją šiuo klausimu William N. Eskridge, Jr. ir Philip P. Frickey knygoje *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, 7 sk. (1988).

[23] Pvz., kad teismo išeities tašku turi būti įstatymo kalba. Žr., pvz., bylą International Brotherhood of Teamsters v. Daniel, 439 U.S. 551, 558 (1979). Tam, kad būtų galima suprasti teksto formuluotes, reikia turėti ne tik pagrindinių lingvistinių žinių (nors kanono reikalavimas gali būti suprastas būtent taip), bet ir plačių kultūros žinių, kurių būtinumą parodė diskusija apie paslėptas dviprasmybes nuostatoje dėl 35 metų amžiaus reikalavimo. Ši būtinybė pripažįstama ir gramatikos vadovėliuose. Žr., pvz., George A. Miller, „The Challenge of Universal Literacy", 241 *Science*, 1988 rugsėjo 9 d., p. 1293.

turintis menką naudą. Į juos paprasčiausiai reikėtų atsižvelgti: neskubėkite anuliuoti įstatymo, jeigu įmanomas jo išganingas aiškinimas, netikėkite lengvai, kad, priimdamas naują įstatymą, įstatymų leidėjas netyčiomis panaikino ankstesnįjį, neignoruokite aplinkinių įstatymo nuostatų, neatmeskite (akivaizdžios reikšmės taisyklės šerdis) per greitai akivaizdžios žodžių reikšmės ir t.t. Esama daugybės kanonų[24], atitinkančių daugybę nuomonių, pasireiškiančių (dažnai nesąmoningai) skaitymo metu. Būdami verčiau įspėjimais negu nurodymais, dažnai krypstantys į priešingas puses[25] kaip ir jų analogai kasdieniame gyvenime („skubos darbą velnias renka", bet „svyravimas – pražūtis"), kanonai yra kolektyvinė tautos išmintis apie įstatymų aiškinimą ir, sprendžiant sudėtingus aiškinimo klausimus, jie yra naudingi ne daugiau negu kasdienio gyvenimo taisyklės yra naudingos sprendžiant sudėtingas gyvenimo problemas.

Daugelis kanonų visai neturi aiškinamosios reikšmės, t.y. jie nepadeda teismui atskleisti įstatymo leidėjo ketinimų. Vietoje to jie įtvirtina savarankiškais principais pagrįstas prezumpcijas neaiškioms byloms spręsti. Pavyzdžiais gali būti kanonas, nustatantis, kad įstatymai dėl aukščiausių pareigūnų imuniteto atsisakymo turi būti aiškinami siaurinamai, ir kanonas, nurodantis aiškinti indėnų reikalus reglamentuojančius įstatymus pastarųjų naudai. Tokių kanonų[26] negali apginti nuorodos į aiškinimo koncepcijas. Būdami savarankiškais politiniais principais, kurie naudojami bylų sprendimui, kai aiškinimas būna nesėkmingas, jie liudija, kad visų bylų neįmanoma išspręsti aiškinimu. Nusistovėję kanonai yra mažiau svarūs negu konstituciniai principai, todėl kad pirmuosius gali panaikinti aiškus įstatymas. Tačiau jų kilmė yra labiau įtartina negu konstitucinių principų, nes tai nuotrauka be pavadinimo. Jie sudaro federalinę bendrąją statutų teisę, o federaliniams teismams tradiciškai pritrūkdavo ryžtingumo užtikrinant bendrosios teisės veikimą. Taigi šių nusistovėjusių kanonų kilmė yra netobula, bet tai reiškia tik tai, kad jų pateisinimas, jei tokį galima surasti, yra politinis ir pragmatinis – jie duoda geresnius rezultatus negu nekanonizuotas metodas.

Keletas pavyzdžių pailiustruos neaiškių įstatymų interpretavimo problemos gilumą. Pirmasis pavyzdys taip pat parodo aiškinimo kanonų ribotumą.

1862 m. Kongresas nemokamai suteikė geležinkelio kompanijai Union Pacific Railroad žemės plotą, siekdamas paskatinti transkontinentinės geležinkelio linijos tiesimą. Suteikta žemė buvo suskirstyta į sklypelius šachmatų lentos principu. Kiekvieno plotas buvo lygus kvadratinei myliai. Neporinių numerių sklypai atiteko geležinkelio kompanijai, o poriniai – vyriausybei. Geležinkelio tiesimas turėjo padidinti gretimų žemės sklypų vertę ir vyriausybė susitarė su geležinkelio kompanija pasidalyti prieaugį lygiomis. Byla *Leo Sheep Co. v. United States*[27] buvo iškelta praėjus daugiau

[24] F.A.R. Bennion, *Statutory Interpretation: Codified, with a Critical Commentary* (1984), išvardija 396 įstatymo aiškinimo principus.

[25] Žr. Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, p. 521–535 (1960).

[26] Kaip pabrėžta Cass R. Sunsteino knygoje *After the Rights Revoliution: Constitutional Government and the Regulatory State* (1990).

[27] 440 U.S. 668 (1979). Kitos nuorodos pateiktos tekste.

nei šimtmečiui po žemės geležinkeliui suteikimo. Kompanijos Union Pacific teisių perėmėjų valdoma žemė užblokavo priėjimą prie vandens telkinio, priklausančio vyriausybei. Norėdama nutiesti kelią prie telkinio, vyriausybė mėgino įrodyti, kad 1862 m. suteikdamas žemę Union Pacific Kongresas nustatė jai numanomą kelio servitutą. Aukščiausiasis Teismas nesutiko su tokia argumentacija, kas yra normalu, bet savo nepritarimą pagrindė atliktu teisės normų aiškinimu, kas susiklosčiusioje situacijoje buvo nesąžininga.

Sprendime pažymima, kad žemės suteikimo akte yra įrašyta keletas išlygų vyriausybės naudai, viena iš kurių yra naudingųjų iškasenų gavybos teisė, todėl „atsižvelgdamas į tokių aiškiai išreikštų išimčių buvimą teismas atsisakė atbuline data papildyti jų sąrašą remdamasis „numanomu" Kongreso ketinimu" (p. 679). Nors teismas ir nepaaiškino, kodėl aiškiai išreikštų išlygų buvimas turėtų paneigti numanomas išlygas, cituotoje ištraukoje įžvelgiama užuomina į gerai žinomą aiškinimo kanoną, nustatantį, kad *expressio unius est exclusio alterius* – vieno dalyko aiškus pabrėžimas pašalina kitas alternatyvas. Detalizavimo lygis iš tikrųjų gali būti teksto prasmės suvokimo priemonė, todėl šis kanonas nėra visai beprasmis. Tačiau įstatymų leidėjas galėjo nurodyti bendrą žemės suteikimo akto sąlygų išimtį, neketindamas sykiu uždrausti teismams pripažinti papildomas išimtis, nenumatytas akto priėmimo metu, kurios atitiktų neatlygintino suteikimo paskirtį. Taigi, kaip ir dauguma aiškinimo kanonų, *expressio unius* mažai tepadeda.

Toliau teismas pažymėjo, kad vyriausybė prašo viso labo nustatyti būtinumo servitutą. Kadangi toks servitutas būtų numanomas bet kuriuo privataus nekilnojamojo turto perdavimo atveju (jeigu jūs parduodate jūsų namą supančią žemę, bet pasiliekate sau namą, jums pasilieka ir numanoma priėjimo prie jo teisė), jis turi būti numanomas ir perduodant viešąją nuosavybę. Pirmajame savo atsakyme teismas nurodė, kad „nesvarbu kokia priėjimo teise besinaudotų privatus savininkas, iš to akivaizdžiai neseka, kad jis kartu turi ir teisę tiesti kelią viešajam priėjimui prie rekreacinės zonos" (id.). Pasakymas, kad prielaida visiškai neaiški, nereiškia, kad ji yra klaidinga, tačiau net nemėgindamas parodyti jos klaidingumo teismas pakeitė nagrinėjimo dalyką ir nurodė, kad „iš esmės servitutas nėra būtinas šioje byloje, kadangi vyriausybė naudojasi privačios nuosavybės nusavinimo teise" (p. 679–680), kurios neturi privatus savininkas (jeigu jis nėra geležinkelio kompanija ar komunalinių paslaugų įmonė). Liko neaptartas skirtumas tarp nemokamo priėjimo teisės turėjimo ir būtinumo mokėti teisingą rinkos kainą už reikalingos žemės nusavinimą.

Teismas nurodė, kad kai kurios valstijos nepripažįsta būtinų servitutų vyriausybės naudai, o kitos yra panaikinusios šią doktriną norėdamas visiems gretimų sklypų savininkams suteikti nusavinimo teisę. Užuot šiuos pastarųjų metų pakeitimus susiejęs su Kongresu ar su 1862 m. įstatymu, teismas nukrypo į šoną ir pažymėjo: „... manytina, jog bendrosios teisės doktrina dėl būtinų kelio servitutų nustatymo nėra pakankamai aktuali šioje byloje, kad paneigtų išvadą, padarytą atsižvelgiant į nebuvimą jokios nuorodos į vyriausybės reiškiamą išimtinę teisę" (p. 681). Atrodo, kad išvados pagrindu buvo išimtinai *expressio unius* kanonas. Toliau teismas pasisakė taip: „Tikė-

tina, kad Kongresas skyrė pasiekiamumo problemai mažai dėmesio, tačiau tas dėmesys, kuris buvo skirtas, susikoncentravo ties derybų ir abipusių nuolaidų sistemos bei ekspropriacijos teisės, kaip akivaizdžių ginčų sprendimo priemonių" (p. 681). Taigi tai yra nusišalinimas. Teismui nepavyko išsiaiškinti, ką galvojo, jei apskritai ką nors galvojo, Kongresas apie priėjimo servitutų problemą.

Teismas susidūrė su prieštaravimu, pagrįstu „žinomu aiškinimo kanonu, skelbiančiu, kad sprendžiant klausimą dėl federalinės žemės neatlygintino suteikimo, bet kokios abejonės yra aiškinamos vyriausybės naudai, o ne prieš ją" (p. 682). Šis prieštaravimas iliustruoja vieną standartinę aiškinimo kanonų problemą – kanonų yra tiek daug, kad tarp jų dažnai atsiranda tokių, kurie palaiko abiejų pusių argumentus toje pat byloje, todėl labai sunku atiduoti pirmenybę kuriam nors vienam iš jų.[28] Kanonas dėl valstybės žemės neatlygintino suteikimo buvo atmestas tuo pagrindu, kad „teismas jau labai seniai atsisakė taikyti kanoną visa apimtimi žemės suteikimui pagal Įstatymą dėl geležinkelio" (p. 682). Šio atsisakymo priežastys nenurodomos, išskyrus du labai senus sprendimus (p. 682–683); tačiau teismas užmiršo paminėti, kad šis kanonas neseniai buvo pritaikytas tam pačiam žemės suteikimo atvejui, nagrinėjamam *Leo Sheep* byloje.[29]

Be daugkartinių nuorodų į *expressio unius* kanoną, teismas sugaišo daugybę laiko paneigdamas vyriausybės argumentus, užuot pateikęs nuosavą bylos interpretavimą, kol pagaliau sprendimo pabaigoje tarė, kad „mes nelinkę pažeisti teisėtų lūkesčių pripažindami kažkokią neapibrėžtą galią tiesti vieškelius be kompensacijos mokėjimo" (p. 687–688). Tai savo baimės slėpimas. Sprendime neaptariami jokie nusistovėjusių lūkesčių įrodymai. Nėra priežasčių manyti, kad teisė, pareikšta vyriausybės, yra labiau „neapibrėžta" negu bendrojoje teisėje egzistuojantis būtinumo servitutas. Mintis, kad vyriausybė ketintų tiesti kelią privačioje žemėje nemokėdama kompensacijos jos savininkams, kelia abejonių. Tokiu atveju, jeigu vyriausybė pasirodytų esanti teisi, tai reikštų, kad žemės savininkai niekuomet nebuvo įgiję nuosavybės teisės, už kurios atsisakymą jie reikalauja kompensacijos.

Aš tam tikra prasme tiesiog ieškau prie ko prisikabinti, nes pats nežinau, kaip turėjo būti išspręsta ši byla. Tiesa, servitutas vyriausybei nebuvo toks gyvybiškai svarbus, koks jis būtų buvęs iš visų pusių apsuptos žemės savininkui. Mat teisė nusavinti privačią nuosavybę saugo vyriausybę nuo „prievartavimo" iš jos didesnės sumos negu jai reikiamos žemės rinkos vertė. Be to, atrodo abejotina, kad 1862 m. Kongresas pritartų situacijai, kurioje jo naudojimasis valstybės žeme būtų paralyžiuotas dėl

[28] Kanonų tendencija kliūti vienam už kito iliustruojama šia *United Stated v. Hurt* bylos, 795 F. 2d. 765, 770 (9th Cir. 1986), ištrauka: „Aiškindami įstatymą mes visų pirma turime analizuoti Kongreso vartotą įprastinę kalbą. Jei įstatymo kalba yra nedviprasmiška, ji turi turėti sprendžiamąją reikšmę, jei tik „įstatymų leidėjas aiškiai neturėjo omenyje ko kito..." Nors baudžiamųjų įstatymų atžvilgiu galioja tikslaus aiškinimo taisyklė, ji negali priversti mus ignoruoti akivaizdaus įstatymo tikslo."

[29] Byla *United States v. Union Pacific R.R.*, 353 U.S. 112 (1957). Senesnės bylos yra *United States v. Denver & Rio Grande R. Co.*, 150 U.S. 1 (1893) ir *Winona & St. Peter R. v. Barney*, 113 U.S. 618 (1885).

palankių gavėjų veiksmų, nors šią blokadą ir galima būtų bet kada pašalinti sumokėjus rinkos kainą už reikiamo servituto nustatymą. Tačiau tai buvo laikai, kai įstatymų leidėjai dosniai išdalydavo visų rūšių gėrybes geležinkeliams. Pilietinio karo metu vyriausybė buvo ypač suinteresuota geležinkelių pagalba šalies suvienijimo projektams įgyvendinti ir galėjo būti pasirengusi brangiai už tai sumokėti. Nesugebėjus išsklaidyti savo abejonių dėl įstatymo prasmės, galbūt teismui reikėjo priimti sprendimą juo besiremiančios šalies nenaudai – tačiau kas buvo tokia šalis šioje byloje – privatūs žemės savininkai, pasitikintys Kongreso dovana, ar vyriausybė, tvirtinusi, kad suteikimo aktas turi numanomų išimčių?

Štai labiau žinomas neaiškios bylos pavyzdys. Korporacija Kaiser Aluminum & Chemical valdė gamyklą Luizianoje, kurioje mažiau nei du procentai kvalifikuotų darbininkų buvo juodaodžiai, nors visame regione juodaodžiai sudarydavo apie keturiasdešimt procentų darbo jėgos. Administracija susitarė su gamyklos darbuotojams atstovaujančia profsąjunga rezervuoti juodaodžiams pusę vietų mokymo programoje, skirtoje naujoms darbo vietoms užimti. Weberis, baltaodis, nepatekęs į šią programą dėl juodaodžiams nustatytos kvotos, pareiškė ieškinį pagal 1964 m. Pilietinių teisių akto VII skyrių dėl rasinės diskriminacijos jo atžvilgiu. Nors bylą jis pralaimėjo,[30] tačiau jo argumentas buvo gana svarus. Įstatymas draudžia darbdaviams ir profsąjungoms, „kontroliuojančioms gamybines stažuotes, mokymo ar persikvalifikavimo kursus, įskaitant mokymo neatsitraukius nuo darbo programas, diskriminuoti asmenis dėl jų rasės" – kokia ji bebūtų, kadangi vienoje iš ankstesnių bylų teismas pažymėjo, kad įstatymas apima ir diskriminaciją prieš baltaodžius. Nors administracijos elgesys ir nepasižymėjo priešiškumu baltajai rasei, įstatymo nuostata „diskriminuoti ... dėl rasės", matyt, tiesiog turėjo omenyje „nepalankumo rodymą asmeniui dėl jo rasės" – tai nebūtinai reiškia nepalankumą siekiant įskaudinti asmenį, bet ir siekiant paprasčiausiai padėti kitam. Kadangi kita įstatymo nuostata pripažįsta neteisėtu elgesiu „asmens nepriėmimą ar atsisakymą priimti į darbą, arba jo atleidimą ar kitokią diskriminaciją jo atžvilgiu" (išskirta autoriaus), tai reiškia, kad „diskriminuoti" reiškia elgtis nepalankiai ir nebūtinai kartu įžūliai. Tai yra papildomai numatyta kaip įstatyminė apsauga bylose, kur tikėjimas, lytis ar tautinė kilmė „yra tikrai su profesine veikla susiję reikalavimai, pagrįstai būtini siekiant užtikrinti normalią darbdavio veiklą"; ši apsauga būtų beprasmė, jeigu diskriminacija, tam, kad taptų baustina, turėtų būti dar ir įžūli. (Bet įstatymai dažnai yra daugiažodžiai.) Kita įstatymo nuostata skelbia, kad jokia šio įstatymo norma „neturi būti aiškinama kaip reikalaujanti iš darbdavio ... suteikti didesnį palankumą bet kuriam asmeniui ar jų grupei ... dėl jų rasės, galimo disbalanso tarp bet kurios rasės atstovų ... dirbančių pas bet kurį darbdavį ... skaičiaus ar procentinės dalies ... ir bendro tos pačios rasės atstovų skaičiaus ar procentinės dalies ... visos laisvos darbo jėgos pagrindu." Įstatymo šalininkai įtikino priešininkus ir susilaikiusiuosius, kad jis nesuteiks teismams ar vykdomiesiems organams įgaliojimų taikyti kvotų rasės pagrindu; įstatymo tikslas buvo sukurti galimybių, o ne rezultato lygybę.

[30] *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

Problema ta, kad visi šie įrodymai Weberio naudai gali būti apeiti nurodant, kad 1964 m. Kongresas jokiu būdu negalėjo įsivaizduoti galimybės taikyti šį įstatymą savanoriškoms baltųjų darbdavių (arba įmonių, kontroliuojamų baltaodžių, kokia buvo ir yra Kaiser korporacija) pastangoms plėsti juodaodžių įdarbinimą. To meto problema buvo diskriminacija prieš juodaodžius, o ne jų naudai. Įstatymų leidėjas tikrai numatė galimybę, kad nekantrūs teismai ar vykdomieji organai taikys rasines kvotas įstatymų tikslams pasiekti, todėl paaiškino, kad jie neturėtų to daryti vien rasinio disbalanso pagrindu, kas skiriasi nuo panašaus elgesio siekiant ištaisyti įstatymo pažeidimus. Tačiau, matyt, įstatymų leidėjas nenumatė galimybės, kad darbdavys nustatinės šias kvotas savanoriškai.

Kadangi tekstiniai argumentai gali būti apgaulingi, faktas, kad Kaiser administracijos ir profsąjungos taikyta pozityvioji diskriminacija pateko į VII skyriaus semantiką, nereiškia, kad įstatymas draudžia tokį elgesį. Bet kokiu atveju tekstiniai argumentai *Weber* byloje nėra tokie vienpusiški, kaip aš juos pavaizdavau. Įstatymo draudimas teismui taikyti pozityviąją diskriminaciją kitaip nei kaip kompensaciją už diskriminaciją, būtų beprasmis, jeigu įstatymas draustų nekompensacinę pozityviąją diskriminaciją. „Diskriminuoti kitokiu būdu" verčiau galėtų reikšti diskriminacijos formą (t.y. kitaip, negu atleidimas ar nepriėmimas į darbą), negu tikslą (t.y. įžūliai ar lengvai). Savo ruožtu išimtis dėl lyties, tikėjimo ar tautinės kilmės nurodymo kaip tinkamų kriterijų tam tikram darbui, gali nusakyti skirtumą tarp tyčinės ir atsitiktinės diskriminacijos: pvz., tarp noro eliminuoti iš kandidatų sąrašo juodaodžius ar baltaodžius, moteris ar bet ką kita ir faktinio jų eliminavimo kaip atsitiktinės pirmenybių kitai grupei suteikimo neįžūliais pagrindais pasekmės. Galima ginčytis, kad tik pirmoji diskriminacijos rūšis reikalauja iš diskriminatoriaus nustatyti sąžiningą profesinę kvalifikaciją, tuo tarpu antroji rūšis net nerodo akivaizdaus įstatymo pažeidimo.

Jei nebūtų VII skyriaus, darbdavys galėtų diskriminuoti juodaodžių naudai ką tik panorėjęs. Atrodo keista naudoti prieš juodaodžius įstatymą, kurio pirminis tikslas buvo apginti juos, nors gyvenime visko būna, ką patvirtina ir diskriminacijos įstatymo apibrėžimo bendrumas. Tačiau, kita vertus, disbalansas, susidaręs tarp juodaodžių, dirbusių Kaiser gamykloje, skaičiaus ir juodaodžių sudaromos dalies bendroje regiono darbo jėgos masėje, padaugintas iš ilgalaikės juodaodžių diskriminacijos istorijos, padarė Kaiser korporaciją ir jos profsąjungą tikėtinais tyrimų ir skundų dėl diskriminacijos taikiniais. Šioje situacijoje pozityviosios diskriminacijos planas – protinga išankstinių nuolaidų priemonė. Ar 1964 m. Kongresas siekė tai uždrausti ir taip pastatyti darbdavius ant bedugnės krašto?

10 SKYRIUS

Bylų dėl Konstitucijos ir įstatymų aiškinimo sprendimas

United Steelworkers v. Weber byloje priešpriešiniai argumentai yra taip gerai subalansuoti, kad teismo sprendimo teisingumo vertinimas pereina į pozityviosios diskriminacijos apskritai teisingumo (juodaodžių tautos atžvilgiu) vertinimą. Šio fakto pripažinimas atrodo akivaizdus Bernardo Meltzerio išsakytoje griežtoje šio sprendimo kritikoje, nes jis kaltina Aukščiausiąjį Teismą ne tik neteisingu įstatymo aiškinimu, bet ir (kaip matyti iš jo esė pavadinimo) nesugebėjimu įvertinti, jog pozityvioji diskriminacija labiau kenkia negu padeda pilietinių teisių gynimui.[1] Tokia byla kaip *Weber* negali būti išspręsta kokio nors neutralaus aiškinimo metodu, ji reikalauja politinio ar moralinio sprendimo. Ronaldas Dworkinas savo ruožtu parėmė šį reikalavimą; jis teigia, kad pozityvioji diskriminacija gali būti pateisinta lygybės sąvoka.[2] Jo argumentas vienu metu iliustruoja aiškinimo klausimų sprendimo – geriau pasakyti „apėjimo" – esminiais (t.y. politiniais) pagrindais sunkumą ir leidžia prabėgomis pamatyti toliau šios knygos IV dalyje nagrinėjamų klausimų rūšis. Dworkino metodas mėgina laipsniškai padaryti tai, ką nusistovėję aiškinimo kanonai, minėti ankstesniame skyriuje, mėgino pasiekti vienu smūgiu: perorientuoti analizę nuo mėginimų išsiaiškinti prasmę, kurią įstatymų leidėjas galbūt yra įdėjęs į įstatymą, prie mėginimų suteikti pastarajam politiniu ar moraliniu požiūriu geriausią prasmę.

Dworkinas pradeda vaizduodamas nusivylusį, neįstojusį į teisės fakultetą baltaodį, kuris kaltina universitetą „jo asmeninės teisės į lygybę pažeidimu visuotinės lygybės užtikrinimo labui" ir kelia klausimą, „ar piliečiai kaip individai turi kokias

[1] Žr. Bernard D. Meltzer, „The *Weber* Case: The Judicial Abrogation of the Antidiscrimination Standard in Employment," 47 *University of Chicago Law Review*, p. 423, 457–458 (1980).

[2] Žr. *Taking Rights Seriously*, 9 sk. (1977). Nors Dworkinas vėliau parašė esė apie pačią *Weber* bylą, žr. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 16 sk. (1985). Ši esė neatskleidžia pozityviosios diskriminacijos gerųjų ir blogųjų pusių. Ji siekia įrodyti nuodugnios daugumos teisėjų ir atskirųjų nuomonių analizės pagalba, kad *Weber* bylos neįmanoma išspręsti įprasto aiškinimo metodais. Tai paskatino Dworkiną pasiūlyti nuosavą sprendimo variantą: „Koks nors vienas įstatymo pateisinimas yra geresnis už kitą ir užtikrina nuoseklesnį įstatymo aiškinimą, jei tik pateikia tikslesnę ar jautresnę, ar protingesnę esminių moralinių principų analizę." I d., p. 328–329. Taigi Dworkino pateiktas *Weber* bylos nagrinėjimas paruošia dirvą vertinti ginčijamą įstatymo VII skyrių moralinės pozityviosios diskriminacijos analizės, kurią jis pristatė savo veikale *Taking Rights Seriously*, būdu.

nors teises į lygybę, galinčias atsverti programas, nukreiptas į svarbios ekonominės ir socialinės politikos, įskaitant visuotinės lygybės stiprinimą, įgyvendinimą?"[3] Galima pagalvoti, kad pozityviosios diskriminacijos gebėjimas padidinti „visuotinę lygybę", nesvarbu, kad jie padidina juodaodžių vidutines pajamas ar gerina jų socialinę padėtį, priklausys nuo pačios sąvokos „lygybė" reikšmės. Tačiau Dworkinas nemėgina pateikti šios sąvokos apibrėžimo. Jis daro prielaidą, kad „visuotinės lygybės stiprinimo politika" yra ir turi būti pagrįsta rezultatų lygybe tarp skirtingų rasių, o ne kažkokia kita lygybės samprata, kaip antai galimybių lygybė, kurią propagavo Kantas[4], ar gėrybių paskirstymu pagal nuopelnus, kuriuo rėmėsi Aristotelis, kaip bus matyti 11 skyriuje.

Dworkinas išskiria dvi „teisės į lygybę" rūšis, kurias baltaodis pareiškėjas galėtų priešpriešinti „visuotinės lygybės stiprinimo politikai". Viena rūšis yra teisė į vienodą elgesį. Tačiau „priimant studijuoti į teisės fakultetą ši teisė negalioja... Teisinis išsilavinimas nėra toks gyvybiškai svarbus, kad kiekvienas asmuo turėtų lygią teisę jį įgyti" (p. 227). Dworkino įsitikinimu, lygios teisės gali būti pripažintos tik iš tikrųjų svarbių dalykų, pvz., rinkimų teisės, bet ne profesinių ar įsidarbinimo galimybių atžvilgiu, priešingu atveju griūtų argumentai pozityviosios diskriminacijos naudai. Kita teisės į lygybę atmaina, kuria galėtų remtis nukentėjęs baltaodis, yra „teisė į *elgimąsi kaip su lygiu*": „Jeigu aš turiu du vaikus, vienas iš kurių serga mirtina liga, kuri kelią grėsmę ir kito sveikatai, aš neparodysiu vienodo rūpinimosi abiem vaikais, jei mesiu monetą siekdamas nuspręsti, kam iš jų atiduoti paskutinę vaistų dozę" (id.). Taigi asmens teisė į elgimąsi su juo kaip su lygiu yra tiesiog teisė, kad su juo nebūtų elgiamasi beširdiškai ar despotiškai, todėl šiuo požiūriu vargšas baltaodis vėl pralaimi.

Apibrėždamas teisę į lygybę Dworkinas nuvylė baltąjį pareiškėją, tačiau sykiu smarkiai susilpnino argumentus prieš diskriminaciją baltaodžių naudai. Nors, pasak jo, „bet kuri juodaodžiams nepalanki segregacijos forma Jungtinėse Valstijose savaime reiškia jų įžeidimą ir ... teisės į elgimąsi kaip su lygiais pažeidimą" (p. 238), šis tvirtinimas neatitinka jo pateikto pavyzdžio dėl elgimosi kaip su lygiais esmės. Jei likusi vaistų dozė neišgelbėtų mirštančio vaiko, tačiau padėtų kitam, ne taip sunkiai sergančiam, tuomet jos atidavimas pastarajam nepažeistų pirmojo teisės į elgimąsi kaip su lygiu. Jei pats lygiateisiškumo principas reiškia tik tai, kad žmonėms neturi būti taikomi žiaurūs ir neprognozuojami reikalavimai, tuomet juodaodžio teisė į elgimąsi su juo kaip lygiu priklausys nuo to, kaip įtikinamai segregacijos šalininkai sugebės pagrįsti šios doktrinos taikymą praktikoje. Šio klausimo Dworkinas nenagrinėja (galbūt dėl to, kad jis mano, jog jo skaitytojai sutiks, kad tokio pagrindimo negali būti). Jo pateikta lygybės samprata yra dviprasmiška, neišplėtota ir nepaprastai siaura.[5]

[3] *Taking Rights Seriously*, p. 226–227. Kitos nuorodos į puslapius pateiktos tekste.

[4] Žr. Bruce Aune, *Kant's Theory of Morals*, p. 160 (1979).

[5] Žr. Jules L. Coleman, knygos *Taking Rights Seriously* apžvalga, 66 *California Law Review*, p. 885, 915–918 (1978).

Dworkinas taip pat mėgina atskirti diskriminaciją prieš juodaodžius ir jų naudai skirdamas „asmenines preferencijas" nuo „išorinių preferencijų" (p. 234–235, 275). Žmogaus asmeninė preferencija yra kažką turėti pačiam, o jo išorinė preferencija yra atiduoti, ar ne, ką nors kitiems. Mano siekimas didesnių pajamų yra mano asmeninė preferencija, bet mano įsitikinimas, kad juodaodžiai vaikai neturi būti priimami į bendrąsias mokyklas, kadangi jie priklauso žemesnei socialinei klasei, yra mano išorinė preferencija ir ją atitinkantys vyriausybės veiksmai pažeistų teisę į elgimąsi kaip su lygiu. Bet šis pavyzdys yra nevykęs, todėl kad dauguma išorinių preferencijų yra iš esmės vidinės. Jei aš siekiu draudimo juodaodžiams lankyti bendrąsias mokyklas dėl to, kad manau, jog mano vaikai įgis geresnį išsilavinimą, ar bus saugesni ar laimingesni nesant šalia juodaodžių, aš akivaizdžiai išreiškiu savo vidinę preferenciją. Pasak Dworkino, ne visi žmonės, kurie persikelia gyventi į išimtinai baltiesiems skirtus kvartalus, yra rasistai.

Jei šis pavyzdys yra tipiškas, vargu ar politinei bei moralinei filosofijai pavyks išspręsti iš Konstitucijos ar įstatymų kilusias sudėtingas bylas, kurių nepavyko išspręsti įprastais aiškinimo metodais. Tai verčia neatidėliotinai ieškoti viską apimančių principų, padėsiančių išspręsti šias bylas, bet kol kas rezultatas yra nepatenkinamas. Vieną įdomiausių pasiūlymų pateikė Frankas Easterbrookas, su kurio „etimologine" teisminio pagrįstumo teorija susidūrėme 4 skyriuje. Jo Konstitucijos ir įstatymų aiškinimo teorija yra etimologinės teorijos pritaikymo rezultatas. Jis siūlo suskirstyti visus įstatymus į dvi kategorijas: vieni įgalioja teismus kurti bendrosios teisės doktriną (kaip pavyzdį jis nurodo Shermano aktą, kuris, jo manymu, nurodo teismams sukurti bendrąją antimonopolinę teisę), o kiti tokios galios teismui nesuteikia. Pastarieji turi būti aiškinami griežtai prieš bylos šalį, siekiančią jais pasinaudoti. Trumpai tariant, pasiūlymo esmė yra paskelbti „visus įstatymus nepritaikomais, išskyrus kai jie aiškiai reglamentuoja ginčytiną atvejį, arba palieka jį spręsti remiantis bendrąja teise."[6] Tačiau dažnai yra neaišku, kuri bylos šalis siekia sau naudos iš įstatymo (*Leo Sheep* bylos problema, bet ji egzistuoja ir *Weber* byloje, nes Weberis rėmėsi viena įstatymo dalimi, o Kaiser korporacija ir profsąjunga – kita). Be to, tik nedidelė dalis įstatymų suteikia bendrosios teisės kūrimo galią teismams. Shermano akto tarp jų nėra. Šis įstatymas pripažįsta nusikaltimu susitarimą, bendrą veikimą ar susivienijimą tikslu apriboti prekybą, taip pat pastarosios monopolizavimą, mėginimą monopolizuoti ar bendrą veikimą šiuo tikslu. Sąvoka „prekybos ribojimas" yra doktrininė, bet tai nereiškia, kad Kongresas norėjo paversti ją teismų žaisliuku. Iš tikrųjų, skelbdamas „neteisėtu ... *bet kurį* susitarimą, susivienijimą tresto ar kitokia forma, arba sąmokslą tikslu apriboti prekybą"[7] Kongresas verčiau ketino apriboti negu paskatinti teismų diskreciją.[8] Bet ku-

[6] Frank H. Easterbrook, „Statutes' Domains," 50 *University of Chicago Law Review*, p. 533, 552 (1983).

[7] Shermano akto §1, 15 U.S.C. §1 (išskirta autoriaus). „Išleistas Kongreso 1890 m. Shermano aktas atspindėjo konkrečios politikos pasirinkimą ir nedelegavo neribotų galių teismams." Thomas C. Arthur, „Workable Antitrust Law: The Statutory Approach to Antitrust," 62 *Tulane Law Review*, p. 1163, 1171–1172 (1988). Kaip buvo pažymėta 1 skyriuje, Shermano aktas sprendžia monopolizacijos ir kartelių kūrimo problemas,

riuo atveju net nusprendus, kad Shermano aktas priklauso pirmajai jau minėtos klasifikacijos daliai, rezultatų objektyvumas nėra garantuojamas.

Easterbrooko pasiūlymo esmė – jeigu įstatymas nesuteikia teismui teisėkūros galių, teismas neturi jo taikyti už jame „aiškiai aprašytų" faktinių situacijų ribų. Tai galima suprasti trejopai (ir šie supratimo variantai nėra visiškai vienas kitą paneigiantys). Visų pirma tai galima priimti kaip Holmeso „paprasto žmogaus" teorijos atmainą: įstatymo tekste aprašyta faktinė situacija turi būti suprantama taip, kaip ją suprato įstatymo išleidimo metu. Šiuo atveju Weberis galėtų laimėti savo bylą. Kitaip galėtų būti išspręsta ir byla dėl moterų tinkamumo būti prisiekusiaisiais. Kita vertus, 4-oji Konstitucijos pataisa kalbine prasme neapimtų telefoninių pokalbių pasiklausymo. Antrasis būdas suprasti pasiūlymą yra laikyti, kad įstatymas taikytinas ginčytinam atvejui taip, kaip jis suprantamas šiandien, nepaisant tos prasmės, kurią galėjo įdėti į jį įstatymų leidėjai. Tačiau toks požiūris, ignoruojant išorinio dviprasmiškumo problemą, gali lemti fatališkas semantines pinkles, kaip jeigu „linksmieji devyniasdešimtieji" (angl. *„the gay nineties"*) reikštų homoseksualizmo dominavimo laikotarpį (kita žodžio *gay* (angl.) – linksmas – reikšmė yra gėjus), o įstatymas, draudžiantis prancūzų ir anglų laivams įplaukti į Amerikos uostus (*Nonintercourse Act*; *intercourse* (angl.) taip pat reiškia lytinius santykius) kalbėtų apie celibatą.

Pagaliau trečiasis būdas, kurį, atrodo, ir turi omenyje Easterbrookas, yra toks: kol teisėjai neįsitikins (neaišku, ar akivaizdžios reikšmės analizės pagalba), ar įstatymų leidėjas išsprendė konkretų ginčytiną klausimą, įstatymas laikytinas netaikytinu konkrečioje byloje. Kitaip tariant, įstatymai, kurie nesuteikia teisėkūros ar politikos formavimo galių teismams, turi būti aiškinami siauriau. Bet kodėl? Atsakymas gali neturėti nieko bendra su interpretavimu, suprantamu kaip ikipolitinė stadija – kas akivaizdžiai neiškyla iš žodžio „interpretavimas" reikšmės, atsižvelgiant į jos platumą ir dviprasmiškumą – bet turi turėti politinį atspalvį. Tai patvirtina ir argumentai, kuriuos Easterbrookas pasitelkia savo teorijai ginti. Jis nurodo įgimtus konstitucinius įstatymų leidybos proceso ribojimus (pvz., prezidento veto teisė, dviejų rūmų parlamento struktūra, komitetų sistema, daugumos pritarimo balsuojant reikalavimas), kurie yra

apie kurias labai daug sužinojome praėjus šimtmečiui po jo išleidimo. Galbūt Kongresas norėtų, kad teismai naudotų besiplečiančias žinias, kad padarytų įstatymą veiksmingesnį. Tai – ne daugiau negu tikimybė, bet teisėjas pragmatikas, turėdamas pasirinkimą, nesikuklins pritaikyti socialiai tinkamiausią įstatymo aiškinimą.

[8] Tai geras Holmeso „paprasto žmogaus" teorijos apribojimų pavyzdys. Bendrojoje teisėje „prekybos ribojimas" turėjo aiškią prasmę: tai buvo susitarimas nekonkuruoti, reguliariai sudaromas verslo pardavimo ar partnerystės formavimo atvejais. Skelbdamas „bet kurią" sutartį dėl prekybos ribojimo neteisėta, Shermano aktas, atrodo, uždraudė visus tokio pobūdžio susitarimus. Tačiau tai būtų absurdas. Taigi, kaip teisėjas Stevensas paaiškino su nebūdingu teisėjui atvirumu, teismai išaiškino įstatymą taip, tarsi prieš žodžius „prekybos ribojimas" būtų įrašytas žodis „neprotingas". National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. p. 679, 687–688 (1978). Tai buvo drąsesnis aiškinimas negu pateiktas atskirojoje nuomonėje *Locke* byloje. Tačiau Easterbrookas kartu tiki, kad *Locke* byla buvo išspręsta teisingai, ir pritaria Holmeso akivaizdžios reikšmės aiškinimo teorijai. Žr. Frank H. Easterbrook, „The Role of Original Intent in Statutory Construction," 11 *Harvard Juornal of Law and Public Policy*, p. 59, 62, 65 (1988).

apeinami, jei teisėjai leidžia sau aiškinti ne tik įstatymo tekstą, bet ir jo dvasią (jei tokia yra).[9] Šiuose žodžiuose yra dalis tiesos. Teismai nevykdys neįteisintos priemonės, nors ir yra įtikinamiausių įrodymų, kad dauguma įstatymų leidėjų pritarė jai ir, be abejonės, nubalsuotų už ją, jei tik leistų laikas. Tačiau Konstitucijos rengėjai, nors ir susirūpinę galimu įstatymų leidybos ekscesu, nesiekė sutramdyti teismų, padarydami Kongresą galutine teisėkūros institucija, kokia ji būtų, jei įstatymų taikymo sritis būtų ribojama sąvokomis ir vaizdiniais, suprantamais tik už juos balsavusiems įstatymų leidėjams. Dar daugiau, pats Easterbrookas pripažintų, kad teisėkūros galių apribojimai būtų įveikti aiškiai ar net numanomai (dažniausiai būtent numanomai) delegavus teismams bendrosios teisės kūrimo galias. O „numanomas delegavimas" yra tik išvestinis įstatymų leidybos eufemizmas, kadangi jis reiškia tik tai, kad, rašydami įstatymo tekstą bendrosiomis sąvokomis, įstatymų leidėjai neišvengiamai plačiai apibrėžia potencialią jo taikymo sferą, sykiu išplėsdami teisėjų pasirinkimą.[10] Šioje vietoje grandis, jungianti teismo sprendimą su įstatymo leidėjo sprendimu, smarkiai surūdija.

Jei teismas yra pagrįstai įsitikinęs, kur taikėsi įstatymų leidėjai (nors dažnai jis to nežino, kaip, pvz., *Weber* byloje), atsisakymas įgyvendinti jų tikslą dėl to, kad nebuvo sudėti visi taškai ant i, yra pateisinamas tik esant kokių nors principinių nepritarimų visam įstatymui.[11] Taigi nenuostabu, kad Easterbrookas taip pat gina savo siūlomą teoriją, nurodydamas politinį riboto valdymo principą. „*Vis dėlto* egzistuoja prezumpcija, kad žmogiškieji susitarimai vyrauja, kol jie aiškiai nėra pakeičiami teisės doktrinos."[12] Galbūt kai kas iš mūsų norėtų, kad tokia prezumpcija išliktų, bet tvirtinimas, kad ji tikrai yra, 20-ojo amžiaus pabaigoje būtų tendencingas mąstymas. Bet kokiu atveju esmė yra ne tai, ar Easterbrooko politinė teorija yra teisinga ar klaidinga, o tai, kad jis, kaip ir kiti, priverstas ginti interpretacinę teoriją neinterpretaciniais pagrindais.

Klausimas yra paprastas. Įstatymų aiškinimas yra labai jautrus įvairioms teisėkūros proceso teorijoms[13], kurios savo ruožtu yra prieštaringos politinės teorijos ir todėl nesuteikia tvirtos atramos teismų praktikai. Tie, kas tiki, jog įstatymų leidžiamoji

[9] Žr. „Statutes' Domains", (6-oji nuoroda), p. 548–549.

[10] Žr. Charles P. Curtis, „A Better Theory of Legal Interpretation", 3 *Vanderbilt Law Review*, p. 407, 425–426 (1950).

[11] „Pagrindinė įstatyme išreikštos išvados prielaida, politikos pakeitimas, paskatinęs jo priėmimą, negali būti aiškiai išreikšti, bet tai neleidžia teismui pasakyti: „Mes matome, kur Jūs sukate, bet Jūs to aiškiai nepasakėte, ir dėl to mes elgsimės kaip ir anksčiau." Johnston v. United States, 163 Fed. 30, 32 (1st Cir. 1908) (Holmes, J.). Šis Holmeso teiginys yra kartu nesutampantis su jo „paprasto žmogaus" teorija ir labiau įtikinamas negu pastaroji.

[12] „Statutes' Domains", (6-oji nuoroda), p. 549. Aš išskyriau kursyvu žodį „vis dėlto", kad parodyčiau, jog Easterbrookas, matyt, šiuolaikines politines koncepcijas mano esant susijusias su aiškinimu. Ir jis teisus. Galbūt patys Konstitucijos rengėjai tikėjo privačios iniciatyvos su minimaliu valdžios kišimusi prezumpcija. Tačiau lieka neaišku, iki kiek jie norėjo leisti šiai prezumpcijai įsivyrauti tolimoje ateityje.

[13] Žr. Michael Froomkin, „The Sound of One House Clapping: Courts, Legislative Acquiescence, and Democratic Theory" (neskelbtas darbas, July 21, 1988).

valdžia įkūnija visuotinę valią, ir kas garbina visuotinę demokratiją, tikriausiai ypač vertins bet kokį ženklą, rodantį, kaip įstatymų leidėjų dauguma galėjo išspręsti iškilusį aiškinimo klausimą. O tie, kas laiko teisėkūros proceso kliūtis demokratijos saikingumo naudinga kontrole, tikriausiai nepasitikės jokiais įstatymų leidybos preferencijų išraiškomis, kurios nebuvo nuodugniai patikrintos. Teisėje nėra pagrindo – galbūt jo nėra šiuolaikinėje politinėje teorijoje – pasirinkimui tarp šių dviejų pozicijų. „Pats aiškinimas" nėra pamatinis; jis nesaugiai stovi ant kintančių politinių pamatų.

Kaip kitą pavyzdį paimkime Casso Sunsteino pasiūlymą, minėtą 9 skyriuje (26-oji išnaša), naudoti nusistovėjusius aiškinimo kanonus, tokius kaip įstatymų aiškinimo indėnų ar kitų mažumų naudai principas, panašioms byloms spręsti. Tokie kanonai veiktų tiesiogiai kaip prezumpcijos ir todėl galėtų būti paneigti ne tik įrodžius tikruosius įstatymo leidėjo ketinimus, bet ir paties įstatymų leidėjo valią, tiek atmetant bet kuriuos jam netinkančius kanonus, tiek pakeičiant bet kurį įstatymą siekiant kartu pakeisti nepriimtiną jo aiškinimą. Sunsteino pasiūlymas yra girtinas tiek už pripažinimą, kad įprastu aiškinimu neįmanoma išspręsti visų bylų, tiek už viešų, neutraliai taikomų jų sprendimo principų paieškas, užuot palikus spręsti problemą kiekvienu konkrečiu atveju remiantis neaiškiais, galbūt išskirtiniais, ar net priešiškais principais. Jis iš esmės ragina teisėjus kurti bendrojoje teisėje savarankiškas aiškinimo taisykles, standartus ar prezumpcijas atsakymams į įstatymų keliamus klausimus, kurių sprendimui įstatymų leidėjas nepateikė pakankamų priemonių. Tuo nenorima pasakyti, kad teisėjai ir įstatymų leidėjai turi puoselėti bendras vertybes.

Skirtumas tarp „tikrosios" bendrosios teisės ir statutinės bendrosios teisės, pasak Sunsteino, yra tas, kad pirmoji yra grindžiama politika, paremta plačiu, nors ir nevisišku, visuomenės konsensusu, tokia kaip pataisomasis teisingumas ir efektyvumas (žr. 11 ir 12 skyrius), tuo tarpu antrosios, kaip ir pačios įstatymų leidybos, pagrindas yra labiau ginčytinų ir probleminių vertybių sistema. Idėja, kad įstatymai turi būti aiškinami tam tikros mažumos naudai ar siekiant apsaugoti bet kurias kitas vertybes, Sunsteino laikomas visuotinėmis ir siejamas su jo paties pilietinio respublikonizmo ideologija (žr. 13 skyrių), yra politinė siaurąja prasme. Dėl šios priežasties jo kanonai suteiktų panašių bylų sprendimui aiškią politinę pakraipą. Šis aiškinimo proceso politizavimas yra varginantis, tačiau tuo nenorima paneigti, kad kiti metodai iš esmės taip pat yra politiniai, bet verčiau norima pabrėžti politinio elemento įtakos, sprendžiant sudėtingas įstatymų aiškinimo bylas, neišvengiamumą.

Sunsteino iškeltas konkretus klausimas: ar geriau turėti viską apimančią politinę orientaciją, kaip, pvz., pilietinio respublikonizmo skatinimas nusistovėjusiais aiškinimo kanonais arba privačios iniciatyvos skatinimas griežtu aiškinimu, ar pasitenkinti decentralizuotu *ad hoc* metodu. Pastarojo privalumas yra tas, kad jis linkęs išsklaidyti politinę galią. Teisėjai nėra nei pavaldūs vienodos politinės pakraipos taisyklėms, nei raginami skelbti įstatymus neišaiškinamais siekiant toliau tęsti geresnės Amerikos kūrimo politinės programos įgyvendinimą. Pasitelkus Sunsteino teoriją, *Weber* bylos rezultatas galėtų būti pateisintas federalinės bendrosios teisės principo, palaikančio pritariamuosius veiksmus, pagrindu, o *Leo Sheep* bylos baigtis – remiantis privačios nuosa-

vybės gynimo principu. Abu sprendimai tuomet būtų „principiniai", bet kai teismo veiklos principai yra tokie aiškiai politiniai, jų pranašumas, palyginus su *ad hoc* sprendimais, yra abejotinas ir mes pasiekiame ne tikrąjį formalizmą ir teisėtumą, bet tik jų šešėlį.

Sunsteino teorija tinka tik teisės spragų atvejams. Įstatymų leidyba vis tiek išsaugoja pirmenybę. Bet taip yra visose teisės srityse, išskyrus konstitucinę teisę. Iš tikrųjų įstatymų leidėjas yra tiek perkrautas darbu, kad daugeliu atvejų tiesiog neturi galimybės panaikinti teismų kūrybiškumo įstatymu.

Ar komunikavimas apskritai įmanomas?

Užduodamas šį klausimą abejonės forma rizikuoju sukelti įspūdį, kad laikau visus teismų atliekamus įstatymų ir Konstitucijos aiškinimus politizuotais. Tai reikštų rašytinio komunikavimo galimybės neigimą. Kai kas iš tikrųjų neigia šią galimybę – tačiau tik teoriškai, kaip jie neigia ir išorinio pasaulio egzistavimą. Komunikavimo skeptikai mano, tiksliau tvirtina, kad informacijos perdavimas grindžiamas pasenusia gnoseologija, kur mintyse įsivaizduoju kažkokį vaizdą (pvz., medį prieš mano namą), kurį noriu perduoti kitam, ir užšifruoju jį tam kitam asmeniui suprantamu ženklu (pvz., žodžiais „medis prieš mano namą" – darydamas prielaidą, kad mes abu mokame ir vienodai suprantame tą pačią kalbą), o jis pamatęs ženklą atkuria tą patį vaizdą savo mintyse ir taip idėja perduodama neiškreipta iš vieno proto kitam. Jei ši teorija būtų teisinga, ji tikrai padarytų komunikavimą „nešališka" tikrąja prasme; komunikavimas taptų tikslo perdavimo iš siuntėjo gavėjui metodu. Nepaisant simbolių reikšmės komunikavime teisingo pabrėžimo, ši teorija nėra teisinga arba bent jau labai netobula.[14] Ji nepripažįsta, kad daugeliu atvejų komunikavimas vyksta be jokių protinių vaizdinių; kad paprasti, lengvai įsivaizduojami fiziniai dalykai retai yra jos objektas – vis dėlto pats komunikavimas dažnai yra sėkmingas; kad sėkmingas informacijos perdavimas dažniausiai priklauso nuo numanomų supratimų; kad tikėjimas protinių vaizdinių bendrumu neišvengiamai reiškia, kad tarnautojas MacCallumo pateiktame pavyzdyje buvo bukaprotis, kadangi nesugebėjo surinkti peleninių, nes nebuvo tikras, kurias būtent iš daugybės jų „turėjo omenyje" jo šefas; ir kad, kaip parodo tas pats pavyzdys, komunikavimas yra įmanomas net tuo atveju, kai bendraujantys skirtingai įsivaizduoja dalykus, apie kuriuos kalba.

Žinome, kad žodinis bendravimas įmanomas ne todėl, kad sugebame įsiklausyti į kalbėtojo ir klausytojo mintis ir pastebėti „jų tarpusavio subjektyvumą", bet todėl, kad, kaip mes pastebime, klausytojas daro tai, ko iš jo norėjo kalbėtojas (tarnautojas atne-

[14] Tai pabrėžia Gadameris ir kiti šiuolaikinės hermeneutikos mokyklos atstovai. Naudingos informacijos šiuo klausimu ieškokite Joseph Rouse knygoje *Knowlege and Power: Toward a Political Philosophy of Science*, 3 sk. (1987) (ypač p. 42–47); Peter Goodrich knygoje *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, 4 sk. (1986). Cf. Hilary Putnam, *Representation and Reality*, p. 6–7, 24–25 (1988).

šė pelenines, nenuplėšdamas nė vienos nuo sienos). Rašytinis bendravimas taip pat yra veiksmingas[15], nors rašytinio pranešimo gavėjas negalės orientuotis į jį parašiusio asmens intonaciją ir veido išraišką bei neturės galimybės paprašyti jo pakartoti ar paaiškinti savo žodžius.[16] Tai galima pagrįsti tais pačiais įrodymais, kurie buvo naudojami žodinio komunikavimo veiksmingumo pagrindimui. Panagrinėkime, pavyzdžiui, kokios nors techninės įrangos surinkimą vadovaudamiesi rašytiniais nurodymais. Turėdamas šiek tiek kantrybės, sveiko proto ir supratimo apie įrangos paskirtį, instrukcijos skaitytojas galės ją surinkti nesitardamas su nurodymų autoriumi, o teisingas surinkimas patvirtins hipotezę, kad informacijos perdavimas raštu, kaip ir žodžiu, yra veiksmingas, bent jau kartais. Nors neįmanoma įrodyti, kad rašytinis komunikavimas gali būti toks pat veiksmingas, kai nurodymų autorius yra miręs, ar juo buvo kokia nors kolektyvinė institucija (kurios visi nariai gali būti jau mirę), ar rašė dabartiniam skaitytojui suprantama kalba[17]. Jokia iš šių sąlygų ir net jos visos kartu paimtos negali paneigti veiksmingo komunikavimo galimybės. Vos tik atsisakę minties, kad bendravimas reikalauja gebėjimo įsiskverbti į autoriaus mintis, nebeturėsime bijoti, kad grupinio proto, taigi ir „įstatymų leidėjų ketinimų" tiesiogine prasme, nebuvimo faktas paverčia įstatymų paliepimų perdavimą neįmanomu.

Ypač skeptiškai į komunikavimą žiūri visi be išimties mokslininkai. Tai keista. Jie daugiau nei kiti žmonės priklauso nuo sėkmingo informacijos perdavimo ir naudojasi juo kasdien. Jų karjerą lemia sugebėjimas bendrauti su kitais žmonėmis, (dažnai su daugybe žmonių) raštu. Jie piktinasi, kai žmonės nesupranta jų knygų ar straipsnių. Sudarydami egzaminų klausimus jie tikisi, kad studentai juos supras. Jei klausimai studentams nėra aiškūs, dėstytojas jaučiasi sutrikęs – jis negali tiesiog pasakyti:

[15] „Galimybė teisingai užpildyti pašto perlaidą priklauso nuo kritiškai paprasto kalbos vartojimo." Peter Caws, „Critical Innocence and Straight Reading," 17 *New Literary History*, p. 165, 167 (1985).

[16] Galbūt gyvenimas būtų paprastesnis, jei įstatymų leidyba būtų žodinė! Kadangi tuomet būtų žinoma, ar tikrai egzistuoja „neigiama" ar „mieganti" Konstitucijos išlyga dėl prekybos reguliavimo – t.y., ar ji ne tik leidžia Kongresui reguliuoti prekybą tarp valstijų ir su užsienio šalimis, bet ir draudžia valstijoms pačioms kištis į šį reguliavimą be Kongreso leidimo. Konstitucijos 1 str. §8, p. 3 šiuo klausimu nurodo, kad „Kongresas yra įgaliotas ... reguliuoti prekybą su užsienio šalimis ir tarp kelių atskirų valstijų." Jei pagrindinis žodis yra „prekyba", tai kalbama tik apie įgaliojimų suteikimą. Jeigu pagrindinis žodis yra „Kongresas", galbūt šią nuostatą galima suprasti kaip paskirstančią galias tarp valstijų ir Kongreso (nors gali būti kalbama ir apie galių paskirstymą tarp Kongreso ir vykdomosios valdžios). Kitas būdas išspręsti šį aiškinimo galvosūkį yra pasinaudoti Collingwoodo aforizmu, kad „kiekvienas teiginys, išsakytas bet kieno, yra atsakymas į kažkokį klausimą". R.G. Collingwood, *An Essay on Metaphysics*, p. 23 (1940). Išlygos dėl prekybos reguliavimo reikšmės gali priklausyti nuo to, ar tai buvo atsakymas į klausimą: „Kas gali reguliuoti prekybą tarp valstijų?", ar į kitą klausimą: „Ar gali Kongresas reguliuoti prekybą tarp valstijų?", ar į abu šiuos klausimus.

[17] Žr. *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 5 sk. (1988), taip pat Reed Way Dasenbrock, „Accounting for the Changing Certainties of Interpretive Communities," 101 *Modern Language Notes*, p. 1022 (1985); Alexander Nehamas, „Truth and Consequences: How to Understand Jacques Derrida," *New Republic*, Oct. 5, 1987, p. 31.

„O ko gi Jūs tikėjotės?" Žymus kritikas buvo nepatenkintas, kai jo straipsnis, pateiktas žurnalui *University of Chicago Law Review*, buvo atmestas po to, kai jis gavo redaktoriaus laišką, kurį suprato kaip pažadą išspausdinti straipsnį, o pats redaktorius pasakė, kad turėjo omenyje visai ką kita. Pripažinus, jog gali būti tiek teisingas, tiek neteisingas suvokimas, reikia pripažinti, kad vien „būtino dievobaimingumo" nepakanka, kad būtų patikėta, jog tekstai apriboja mąstymo laisvę, nors tik tų skaitytojų, kurie turi kalbinių žinių ir kultūrinį išsilavinimą, suponuotus autoriaus. Tekstinis skepticizmas, kaip ir filosofinis skepticizmas apskritai, yra daugiau teorija negu praktika.

Galbūt egzistuoja daugybė teisingų įstatymų aiškinimų, bet, atrodo, tiek tegalima pasakyti, o griežtų pažiūrų teisininkams nevalia guostis tokiais silpnais argumentais. Kaip dažnai atsitinka teisėje, grįžtamojo ryšio mechanizmo nebuvimas užkerta kelią teiginiams apie įstatymų ir Konstitucijos aiškinimo teisingumą (ar klaidingumą – apie ką skeptikai kartais pamiršta) patikrinti. Negalime paskambinti rengėjams ir pasitikslinti, ar teisingai supratome jų žodžius. Net tuo atveju, kai įstatymų leidėjas anuliuoja teismo sprendimą, kuriuo buvo išaiškintas įstatymas, tai neparodo sprendimo neteisingumo; įstatymų leidžiamojo organo sudėtis tikrai pasikeitė (o kartu galėjo pasikeisti ir politinių jėgų pusiausvyra) nuo to laiko, kai įstatymas buvo priimtas, ir laiko, kai jis buvo pakeistas siekiant anuliuoti teismo išaiškinimą. Be to, kiekvienais metais Konstitucija vis labiau tolsta nuo realaus gyvenimo, o mūsų laikais bendruomenė, autoritetingai aiškinanti įstatymų ir Konstitucijos prasmę, yra suskilusi. Niekada nuo Pilietinio karo laikų teisininkai, teisėjai ir įstatymų leidėjai nebuvo tokie skirtingi politiškai ir kultūriškai. Reikėtų pakartoti pagrindinį kontrargumentą akivaizdžios reikšmės taisyklei: reikšmė neslypi tiesiog tekste, kadangi žodžiai visada nurodo į ką nors išorinį.[18] Reikšmė yra tai, kas paaiškėja, kai tekstas yra veikiamas kalbinių ir kultūrinių pokyčių bei patirties. Dėl šiuolaikinės teisinės kultūros įvairovės neišvengiamai atsiras didelė sritis aiškinimo neapibrėžtumo, kaip platesnio teisinio neapibrėžtumo fenomeno, aptarto anksčiau be atskiros nuorodos į įstatymų leidybą, dalis. Vėlgi pastebėtinas keistas faktas, kad gnoseologinis tikrumas teisėje labai priklauso nuo politinio konsensuso. Sutarimas dėl teisinių tekstų reikšmės daugeliu atvejų galiausiai gali priklausyti nuo jėgos – paskutinės teisės atramos.

Užsiminimas apie platesnį teisinio neapibrėžtumo fenomeną leidžia paaiškinti įtampą formalizmo viduje. Teisėjas, įsitikinęs, kad Konstitucijos ir įstatymų tekstai paprastai turi apibrėžtą reikšmę, atidžiai juos perskaitęs nebus linkęs pasitikėti precedentais statutinėje ir konstitucinėje teisėje; jis norės išsiaiškinti dalyko esmę. Teisėjas, įsitikinęs, kad šie tekstai retai turi apibrėžtą reikšmę, bus linkęs jų aiškinime vadovautis prece-

[18] Štai kodėl skeptiškai žiūriu į įdomų Dasenbrocko argumentą (17-oji nuoroda, p. 1034–1036) dėl to, kad įtikinantis aiškinimas susideda iš skaitytojo dėmesio pritraukimo pražiūrėtoms teksto dalims. Dažnai neaišku, kiek tekste atrandama ką nors nauja ir kiek prie to prisideda naujos skaitytojų kartos, papildydamos savo nauja patirtimi, vertybėmis ir t.t. Kitaip tariant, tekstas turi gudrią ontologiją: sunku, o kartais neįmanoma nustatyti, kas yra teksto „viduje", o kas „už jo ribų". Žr. Joseph Margolis, *Pragmatism without Foundations: Reconciling Realism and Relativism*, p. 25–26 (1986) (jo traktato *The Persistence of Reality* 1 tomas).

dentais, manydamas, kad jis vargiai pasieks geresnio rezultato iš naujo perskaitęs tą patį tekstą. Pirmasis teisėjas, akivaizdžios reikšmės teorijos šalininkas, formalistas bei „autentiškumo" šalininkas, taip bus linkęs atmesti vieną pagrindinių tradicinio teisinio argumentavimo statramsčių – sprendimą, pagrįstą precedentu.

Buvau davęs atskiras nuorodas į hermeneutiką ir skaitytojas gali paklausti, ar šis terminas gali padėti išplėtoti teisinio aiškinimo metodologiją, ar, atvirkščiai, griauna bet kokias viltis dėl tokio plėtojimo. Faktas, kad abi galimybės yra įmanomos, leidžia suprasti, kad nė viena iš jų nėra tikėtina. Šis terminas susijęs su 19–20 a. Vokietijos mokslininkų – nuo Schleiermacherio iki Gadamerio, įskaitant vokiečių kilmės amerikietį Francį Lieberį – pastangomis sukurti patikimą aiškinimo metodologiją.[19] Daugiausia dėmesio skiriama istorijos, Biblijos, literatūros ir meno kūrinių aiškinimui; vėliau dėmesio, pirmiausia Amerikos ir Anglijos mokslininkų[20], centre atsidūrė teisė. Hermeneutikos atstovai išsakė daugybę protingų minčių: vaizduotė yra svarbi aiškinant praeities darbus. Jūs turite įsivaizduoti save Jūsų aiškinamo autoriaus vietoje ir suprasti problemas, kurias jis mėgino spręsti. Dokumentus reikia skaityti kaip visumą. Daugybė minčių yra perteikiama be žodžių – paplitusi praktika – taigi būtina suprasti visą kultūrą tam, kad sugebėtum suprasti jos rašymo stilių. Neįmanoma suprasti atskirų teiginio dalių nesuprantant jo viso ir atvirkščiai; kad būtų galima pertraukti šią grandinę, pereinant prie atskirų jo dalių (savarankiškų sakinių ir t.t.) nagrinėjimo, reikėtų pradėti nuo viso teiginio skubaus persvarstymo. Aiškinimas įveikiant laiko ir kultūros kliūtis, kaip vertimas iš užsienio kalbos, yra bendradarbiavimo forma, kur dviejų kultūrų horizontai ir perspektyvos susijungia; reikšmė yra bendras pagrindas tarp rašytojo ir skaitytojo.

Visa tai – protingi patarimai, nors juos ne visada lengva pritaikyti. Tačiau jie ir neišauga iki savitos metodologijos, ir nepaneigia objektyvaus aiškinimo galimybės. Nepaisant visko, aiškinimo problema yra ne tai, kad žmonės nemoka skaityti atidžiai, atsižvelgdami į kultūrų skirtumus; problema yra tai, kad neegzistuoja objektyvaus sudėtingų tekstų aiškinimo kūrimo metodikos. Hermeneutika tik iškelia problemą, bet nepasiūlo jos sprendimo. Ji nėra nei teisinio interpretavimo išgelbėjimas, nei jo pražūties pranašas. Hermeneutika neišmokys, kaip reikia aiškinti 8-ąją Shermano akto pataisą. Ji net nepatars, ar aiškinti teisinius tekstus plačiai, ar apsiriboti paviršutiniška jų prasme. Atsakymas yra politinis ir atsižvelgiant į tai, kaip mažai mes nutuokia-

[19] Žr. Wilhelm Dilthey, „The Development of Hermeneutics", knygoje W. Dilthey, *Selected Writings*, p. 247 (vert. H.P. Rickman, 1976). Taip pat Josef Bleicher, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy, and Critique* (1980); David Couzens Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics* (1978); Richard E. Palmer, *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer* (1969); Georgia Warnke, *Gadamer: Hermeneutics, Tradition, and Reason* (1987).

[20] Žr., pvz., Goodrich, (14-oji nuoroda); Brad Sherman, „Review Article: Hermeneutics in Law," 51 *Modern Law Review*, p. 386 (1988); William N. Eskridge, Jr., „Gadamer/Statutory Interpretation" (neskelbtas darbas, Georgetown University Law School, May 1989). Tačiau Lieberis buvo XIX a. teisinės hermeneutikos pionierius; Gadameris trumpai aptaria hermeneutiką savo veikale *Truth and Method*.

me apie pasirinkimo pasekmes, tikėtina, kad tolimoje ateityje griežto ar lankstaus, siaurinamojo ar plečiamojo aiškinimo pasirinkimas priklausys ne nuo analitinių svarstymų, bet nuo teisėjų charakterio. Kai kuriuos žmones tenkina nepastovumas, kitiems priimtinesnė stagnacija. Vieni geriau suvokia savo įsipareigojimus praeičiai ir tvirtai išmoko Santayanos posakį, kad tas, kas užmirš praeities klaidas, pasmerktas jas kartoti, o kiti bijo sekti reakcionierių vadų, kurie nieko neišmoko ir nieko nepamiršo, pėdomis. Tai tik aiškiai išreikštas aiškinimo kanonų neapibrėžtumas.

Dėl to atkreiptinas dėmesys į Francio Lieberio argumentą dėl lankstaus senų įstatymų aiškinimo:

> Visuomenės nauda yra aukščiausias įstatymas ir nepaisant to, kad šiuo principu dažnai buvo ir yra piktnaudžiaujama, jis išlieka. Norime mes to ar ne, bet pasaulis juda į priekį ir niekas negali sustabdyti laiko. Įstatymus reikia aiškinti taip, kad jie prisidėtų prie visuomenės pažangos; ir jei pasenę įstatymai nėra panaikinti kompetentingos valdžios, jie bus ir turės būti panaikinti arba tinkamai pakeisti praktinio gyvenimo, t.y. pačių žmonių; net Mansfildas buvo priverstas reikalauti iš prisiekusiųjų kai kuriose bylose pripažinti, kad pavogti daiktai buvo mažaverčiai (neviršijo keturiasdešimties šilingų), nors reali jų vertė buvo akivaizdžiai daug didesnė.
>
> Griežtas įstatymų laikymasis didelių krizių metu įvairiais istorijos laikotarpiais buvo siaubingų nelaimių priežastis; tarsi žmonių protas būtų nuolatos sukaustytas praeities kartų priimtų įstatymų... Ši klaida pasireiškia kaip valdančiosios partijos būdingas bruožas beveik visų revoliucijų išvakarėse.[21]

Tai puikūs pastebėjimai, bet jie nėra nulemti savitos hermeneutinės metodologijos – nes tokios nėra – ir neįtikins Santayanos pasekėjų.

Už interpretavimo ribų

Nepaisant ankstesniame skyriuje išsakytų mano drąsių žodžių, ginančių interpretavimą nuo kraštutinio tekstinio skepticizmo išpuolių, aš nedvejodamas pripažįstu, jog ši koncepcija gali būti per daug įvairiapusiška ir netiksli, kad ja būtų galima vadovautis taikant įstatymus ir Konstituciją, todėl mums geriau būtų apsieiti be jos. Aiškinimas gali padėti komunikuojant (čia jis yra mažiausiai problemiškas), suprantant, verčiant, išplečiant, užbaigiant, transformuojant ar apverčiant įvairius pranešimus ir informaciją. Aiškinimas iš esmės reiškia, kad esama kažkokio autoritetingo teksto, su kuriuo teismo sprendimas turi būti vienaip ar kitaip susijęs. Nors ši formuluotė gali būti labiau nukreipiančioji negu aiškinamoji kaip tikrovės perteikimas kalba, ji visgi nenurodo formulės, kaip atskirti teisingą aiškinimą nuo neteisingo. O gal apskritai nėra jokios formulės, jokios metodologijos. Aiškinimo teisingumas priklauso nuo kon-

[21] *Legal and Pilitical Hermeneutics*, p. 135 (papildytas leidimas, 1839).

krečios aiškinimo rūšies tikslo, galbūt todėl, pavyzdžiui, analogija tarp muzikos interpretacijos ir įstatymų aiškinimo yra beprasmė. Tačiau nėra visuotinai pripažinto įstatymų ir Konstitucijos aiškinimo tikslo. Galbūt jų yra keletas – ištikimybė rengėjų ketinimams, tikrumas, darnumas, praktiškai pritaikomi rezultatai. Be abejo, tai svarbūs tikslai, bet skirtingi aiškintojai vėlgi suteiks jiems nevienodą svarbą.

Galima perfrazuoti aiškinimo klausimus į klausimus dėl pasekmių. Pavyzdžiui, aš prieinu pėsčiųjų perėją, kai šviesoforo signalas rodo „Eikite". Ką tai reiškia? Akivaizdu, kad tai nėra liepimas. Bet tai nėra ir leidimas, kadangi tokiu atveju signalas „Laukite" reikštų draudimą, kas tikrovėje yra netiesa. Jei aš pereičiau gatvę degant signalui „Laukite", manęs nenubaustų, išskyrus nedaugelį vietų pasaulyje, kur už tai nustatytos sankcijos. Signalas „Laukite" yra tik įspėjimas, kad pereiti gatvę pavojinga, nes tada transporto priemonės turi teisę važiuoti. Praktikoje signalas „Eikite" reiškia, kad tuo metu transporto priemonės greičiausiai neįvažiuos į perėją, nes tai būtų važiavimas per raudoną šviesą, kuris, skirtingai nuo nerūpestingo gatvės perėjimo, yra baudžiamas. Taigi, žalios ir raudonos šviesos reikšmė suprantama įsivaizduojant alternatyvaus aiškinimo pasekmes (pvz., suprantant signalą „Laukite" kaip reiškiantį „Eikite"). Frazė „aš suvalgysiu savo skrybėlę", pavyzdys iš 3 skyriaus, yra suprantama ironiškai dėl tų pasekmių, kurios kiltų suprantant ją tiesiogiai. Tai pačiai kategorijai priklauso ir Geraldo MacCallumo pateiktas pavyzdys su peleninėmis. Galbūt geriausia, ką galima būtų padaryti taikant vieną ar kitą įstatymą, yra išnagrinėti jo aiškinimo, juo besiremiančio asmens naudai pasekmes ir įvertinti, ar jos, apskritai paėmus, bus teigiamos.[22]

Šis pragmatinis požiūris nepateisina įstatymo teksto ignoravimo. Reikia turėti omenyje ne tik tai, kad tekstas yra informacijos apie alternatyvaus „aiškinimo" pasekmes šaltinis, bet ir tai, kad nenuspėjamas įstatymų taikymas neišvengiamai paveiks įstatymų leidėjo ir teismų santykius. Tikrovėje paprastai sugebėjimas įžvelgti įstatymų leidėjo komunikacinį ketinimą ar įstatymo tikslą – kitaip tariant, pavykęs kūrybingas interpretavimas – reiškia bylos pabaigą.

Viskas, kas dabar yra aptariama vartojant interpretavimo sąvoką, bus aptariama ir toliau, tik jau patraukus šį figos lapelį – vengiant sąvokos, kuri, atrodo, nebeturi naudingos prasmės. Teisėjas aktyvistas negali neigti savo asmeninės atsakomybės už priimamus sprendimus, sakydamas, kad jis viso labo aiškino įstatymą, nors ir plečiamai, o ne siaurinamai. Nuosaikus teisėjas taip pat negalėtų neigti savo asmeninės atsakomybės už priimamus sprendimus, sakydamas, kad jis irgi tiktai aiškino įstatymą, nors ir siaurinamai, o ne plečiamai.

Šis požiūris nėra panacėja. Pragmatizmas be mokslo – nesąmonė. Vien tik teisinį išsilavinimą, profesinę bei gyvenimišką patirtį ir šiek tiek sveiko proto turinčio teisėjo aiškinimo galimoms pasekmėms didelę įtaką turės jo puoselėjamos asmeninės vertybės. Kuo labiau skirtingi bus teisėjai, tuo sunkiau bus numatyti bylų baigtį, jei pastaroji priklausys nuo aiškinimo pasekmių projekcijos ir palyginimo. Kadangi Ameri-

[22] Žr. Max Radin, „Statutory Interpretation," 43 *Harvard Law Review*, p. 863, 884 (1930).

kos teisėjai yra ir išliks labai skirtingi, ar pasidavimas pakartotiniam „aiškinimui" išspręs problemą, ar bus tik išsisukinėjimas?

Guido Calabresi požiūris į įstatymus kaip į precedentus (žr. 9 skyrių) taip pat yra pragmatinis, bet jo išvados man atrodo per daug radikalios. Jis nori, kad teismai būtų įgalioti anuliuoti pasenusius įstatymus, lygiai kaip jie gali anuliuoti pasenusius sprendimus – t.y. prieš tai nepaskelbiant, kad jie neatitinka Konstitucijos. Kadangi teismai gali anuliuoti tiek senus, tiek ir visai neseniai suformuotus precedentus, pagal Calabresio pasiūlymo logiką reikėtų jiems suteikti analogiškas galias įstatymų atžvilgiu. Jei aš teisus, kad bendrosios teisės naudojamas metodas nėra aiškinamasis naudingąja prasme, Calabresi siūlo atsisakyti aiškinimo ir vietoje jo naudoti metodą, kuris traktuoja įstatymus kaip indėlius į sprendimų priėmimo procesą, kuriame vyrauja politiniai sumetimai. Tai būtų puiku, jei įstatymų leidėjus būtų galima prilyginti teisėjams, ir jei teismų ir įstatymų leidėjo santykiai būtų tapatūs dabartinių ir buvusiųjų teisėjų santykiams; tuomet analogija su bendrąja teise tikrai tiktų. Tačiau toks sulyginimas turės prasmę, jeigu nuomonė, kurios laikosi Calabresi kartu su Hartu ir Sacksu – kad įstatymų leidžiamąją valdžią sudaro protingi žmonės, protingai siekiantys protingų tikslų – būtų realistiška. Kadangi taip nėra, Calabresi siūlo ne tik padidinti veiksmingas įstatymų leidybos galias, įtraukiant į šį procesą teisėjus (kas tikriausiai sukeltų labai neigiamas pasekmes ir taip dideliam teisėjų darbo krūviui), bet ir pakeisti šio proceso pobūdį ir atitinkamai pasekmes. Tiesa, kad, pasak jo, įstatymų leidėjas iš principo gali atkurti anuliuoto įstatymo veikimą, lygiai kaip jis gali anuliuoti jį netenkinantį teismo sprendimą. Vienas iš Calabresi pasiūlymo privalumų yra teisminio įstatymų tikrinimo metodas, kuris bus ne toks apokalipsinis kaip jų konstitucingumo kontrolė – tai apsaugos dialogo tarp skirtingų valdžių galimybę. Deja, praktika skiriasi nuo principo. Įstatymų leidėjo darbotvarkė yra perpildyta, procedūrinės įstatymų vykdymo kliūtys – didžiulės ir to pasekmė – įstatymų leidėjai paprastai nesugeba anuliuoti jiems nepatinkančių teismų sprendimų. Faktiškai Calabresi pasiūlymo esmė – suteikti pirmines įstatymų leidybos galias asmenims, kurie nėra įstatymų leidėjai, bet nepagrindė tokių radikalių pagrindinių politinių pokyčių. Dworkino analogija su grandininiu romanu, pritaikyta įstatymams ir Konstitucijai, užkliūna už fakto, kad pirmojo skyriaus autoriai – įstatymų leidėjai ar Konstitucijos rengėjai – ir paskesnių skyrių autoriai – teisėjai – nėra tie patys pareigūnai.

Gali atrodyti paradoksalu, kad Calabresi ir Dworkinas, liberalai pagal politinius įsitikinimus, pritaria teorijai, kuri maksimaliai išplėstų teismų elgesio su įstatymais laisvę, o Easterbrookas, konservatyvių požiūrių žmogus, yra palankus šios laisvės mažinimui iki minimumo; apskritai paėmus, liberalai pasisako už labiau, o konservatoriai – už mažiau aktyvią įstatymų leidžiamąją valdžią. Tačiau šis paradoksas yra tik išorinis. Calabresi ir Dworkino teorijos mažina įstatymų leidybos kaštus – išplečia teismų galias taisyti įstatymų leidėjo klaidas – sykiu perkelia teisėjus prie vairo; Easterbrooko teorija apriboja teismų galias adaptuoti įstatymus prie besikeičiančių gyvenimo aplinkybių. Šie padariniai papildomai iliustruoja aiškinimo teorijų politinę svarbą ir politiškai neutralaus aiškinimo negalimumą.

Paminėtinas dar vienas pasiūlymas aiškinimo sunkumams išvengti: dėmesio perkėlimas iš paties aiškinimo proceso į kompetenciją keisti įstatymus ir Konstituciją.[23] Aiškinimo procesas dažnai yra neapibrėžtas. Na ir kas? Įstatymų leidėjas visuomet gali atmesti jam netinkantį aiškinimą, o Konstitucijos aiškinimas gali būti pakeistas priimant Konstitucijos pataisas. Laikotarpiu tarp teismo sprendimo ir įstatymo pataisų priėmimo, žinoma, atsiras pralaimėtojų, bet ilgalaikės žalos bus išvengta; pataisų priėmimo galia užtikrins, kad teisminis aiškinimas niekada nenukryps nuo įstatymų rengėjų ketinimų. Teismų ir įstatymų leidžiamosios valdžių sąveikoje galima įžvelgti darvinistinį procesą, kuriame teisėjų novatoriškumai varžosi dėl įstatymų leidėjo malonės ir tik tie, kurie yra priimtini įstatymų leidėjo norams, išgyvena.

Kontrargumentai daugiausia yra praktinio pobūdžio ir daugelis jų jau buvo paminėti. Įstatymų leidėjų darbotvarkė yra perpildyta, Konstitucijos keitimo procedūra yra labai sudėtinga ir ilgai trunkanti[24], valdančiosios daugumos nuolat kinta, teismų sprendimai gali paskatinti ypatingų interesų grupių, kurios gali sutrukdyti anuliuoti šiuos sprendimus leidžiant įstatymus, atsiradimą. Pasekmė: teismai naudojasi didžiule diskrecijos teise įstatymų ir Konstitucijos atžvilgiu; jie yra pirmieji statutinės ir konstitucinės teisės kūrėjai.

Politikos ir pragmatizmo tyrimai

Vienas žymiausių mūsų istorijoje priimtų „aiškinamųjų" sprendimų lietė valstybinių mokyklų segregacijos uždraudimą. Būdama nejudanti žvaigždė mūsų teisminiame dangaus skliaute, *Brown v. Board of Education*[25] byla vis dėlto negali būti kaip teisingo aiškinimo pavyzdys.[26] Kaip dažnai atsitinka su teismų sprendimais, šios bylos teisingumas yra labiau politinis negu gnoseologinis, labiau pragmatinis negu apodiktinis.

Prielaida, kad rasinė segregacija valstybinėse mokyklose atima iš juodaodžių mokinių teisę į „vienodą įstatymų apsaugą", garantuotą Konstitucijos 14-osios pataisos 1 skirsnio, nebūtinai reiškia, kad nuostata dėl 35 metų amžiaus reikalavimo kandidatui į prezidentus turi būti aiškinama kaip „reiškianti tai, kas joje parašyta". Žodžiai „vienoda

[23] Žr. Akhil Reed Amar, „Civil Religion and Its Discontents," 67 *Texas Law Review*, p. 1153, 1162–1167 (1989).

[24] Daugeliui teisininkų pasirodė per drąsūs siūlymai sukurti neformalaus Konstitucijos keitimo metodą. Žr. Bruce Ackerman, „Discoverng the Constitution," 93 *Yale Law Review*, p. 1013, 1051–1070 (1984); Akhil Reed Amar, „Philadelphia Revisited: Amending the Constitution outside Article V", 55 *University of Chicago Law Review*, p. 1043 (1988).

[25] 347 U.S. 483 (1954).

[26] Nepamirškime žinomų teisininkų šiuolaikinės šio sprendimo kritikos. Žr. Learned Hand, *The Bill of Rights: the Oliver Wendell Holmes Lectures, 1958*, p. 54–55 (1958); Herbert Wechsler, „Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harvard Law Review*, p. 1, 31–34 (1959).

apsauga" nėra akivaizdžiai nesuderinami su mokyklų segregacijos sistema, jeigu juodaodžiams skirtos mokyklos savo dėstymo kokybe nenusileidžia baltaodžių mokykloms. Jei taip nėra, atrodytų, kad padėtį galima ištaisyti pagerinus dėstymo kokybę pirmosiose mokyklose. Kadangi vienintelis mokyklų atskyrimo motyvas buvo neleisti juodaodžiams vaikams bendrauti su baltaodžiais, segregacija paženklino juodaodžius kaip nevisaverčius, kas, ir tai yra natūralu, galėjo smarkiai įžeisti jų savigarbą. Tačiau egzistuoja labai mažai šio fakto įrodymų galbūt dėl to, kad tikroji žala buvo padaryta (ir tebedaroma) diskriminacinio požiūrio, sudarančio rasinės diskriminacijos pagrindą, o segregacija buvo tik vienas to požiūrio praktinių pasireiškimų. Atkreiptinas dėmesys, kad jei tai tiesa, tai dar kartą paneigia teiginį, jog teisė kartu su elgesiu pakeičia ir amerikiečių pažiūras.

Apie valstybinių mokyklų segregaciją, žinoma, derėtų kalbėti plačiau. Be psichologinės žalos, kurią ji galėjo sukelti juodaodžiams, ji atėmė iš jų naudingo bendravimo su baltaodžiais – bendravimo, iš tikrųjų labiau naudingo juodaodžiams, negu baltaodžiams[27] – galimybę ir galbūt sukėlė didesnę rasinę segregaciją negu būtų kėlusi laisvoji konkurencija švietimo srityje. Segregacija sukėlė brangius padarinius dėl gyventojų pertekliaus Šiaurės valstijose, kur persikėlė gyventi daugybė nuo jos bėgusiųjų juodaodžių. Be abejonės, dauguma baltųjų, gynusių segregaciją, nepritartų lygiaverčių pagal kokybę valstybinių mokyklų steigimui juodaodžiams, o teismo sprendimu pašalinti nelygybę būtų labai sunku. Taigi „atskirtųjų, bet lygių" tikslas praktikoje tikriausiai būtų nepasiekiamas.

Nuostatos dėl vienodos įstatyminės apsaugos aiškinimo kaip draudžiančios valstybinių mokyklų segregaciją gali būti ir buvo priešpriešintas argumentas, kad 14-osios pataisos rengėjai neketino įvesti visiškos baltųjų ir juodaodžių lygybės, o tik norėjo suteikti pastariesiems tam tikras fundamentalias politines teises, neįskaitant teisės lankyti valstybines mokyklas lygiomis sąlygomis su baltaisiais.[28] 1868 m. daugybė baltųjų šiauriečių, kaip ir beveik visi baltieji pietiečiai, laikė teisinga ir suprantama mintį, kad juodaodžiai turi lankyti atskiras ir blogesnes mokyklas. Dar daugiau, 1896 m. Aukščiausiasis Teismas pripažino, kad rasinė segregacija viešųjų paslaugų sferoje atitinka Konstituciją[29], ir viešųjų įstaigų veikla Pietuose buvo grindžiama šiuo sprendimu. Galima ginčytis, kad bet kokios permainos turi ateiti iš Kongreso, turinčio plačius įgaliojimus pagal punktą dėl prekybos reguliavimo ir pagal 14-osios pataisos 5 skirsnį

[27] Žr. mano knygą *The Economics of Justice*, p. 355 (1981), kurioje kritikuojamas Wechslerio (26-oji nuoroda) teiginys, kad kaina, kurią juodaodžiai sumokėjo už negalėjimą bendrauti su baltaodžiais dėl segregacijos, yra proporcinga tai kainai, kurią dėl integracijos buvo priversti sumokėti baltieji už nepageidaujamą bendravimą su juodaodžiais.

[28] Dėl rengėjų ketinimų žr. Alexander M. Bickel, „The Original Understanding and the Segregation Decision," 69 *Harvard Law Review*, p. 1, 56–59 (1955); Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 7 sk. (1977); Aviam Soifer, „Protecting Civil Rights: A Critique of Raoul Berger's History," 54 *Ney York University Law Review*, p. 651, 705–706 (1979).

[29] Žr. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

(kuris suteikia Kongresui įgaliojimus įgyvendinant esmines pataisos nuostatas).[30] Tiesą pasakius, negalėjo būti nė kalbos apie Kongreso įsikišimą; Pietų demokratai kontroliavo pagrindinius komitetus dėl savo vyresnumo. Dėl to jie buvo skolingi saugioms vietoms, Pietų vienpartinės sistemos padariniui, kuris savo ruožtu buvo iš dalies juodaodžių diskriminacijos ir iš dalies užtrukusio pasipiktinimo pertvarkymais Pietuose pasekmė. Tačiau formalistas prieštarautų, kad teismui šie faktai neturėtų turėti reikšmės; sprendimas *Brown* byloje neužsimena apie juos.

Šios analizės nevienareikšmiškumas parodo, kad galutinio *Brown* bylos sprendimo pateisinimo reikėtų ieškoti ne specialioje teisinėje medžiagoje, bet tokiuose politiniuose ir moraliniuose argumentuose, kaip siekimas pagerinti juodaodžių padėtį; įgyvendinti rasinės (ir numanomai religinės ir moralinės) lygybės principą siekiant apginti neseniai laimėtos pergalės Antrajame pasauliniame kare idealus; didinti visuomenės supratimą apie rasinį neteisingumą; stiprinti taiką visuomenėje per rasinę harmoniją; panaikinti reiškinį, dariusį gėdą Amerikos užsienio politikai[31]; sumažinti socialinę ir politinę Pietų autonomiją („užbaigiant Pilietinio karo darbus"); rasti naują institucinį Aukščiausiojo Teismo vaidmenį vietoje susikompromitavusio ekonominės laisvės gynėjo vaidmens; įkvėpti naują gyvenimą vienodos apsaugos nuostatai. Jei šie argumentai nepriimtini, pvz., dėl kai kurių formalistinių sumetimų, *Brown* bylos sprendimas yra abejotinas.

Aš nesu formalistas ir nelaikau minėtų argumentų abejotinais; taip pat nemanau, kad teismas klaidingai pasielgė teigdamas, kad Kongreso kišimasis į šią bylą neįvykdomas. Nekritikuodamas *Brown* bylos sprendimo, aš esu įsitikinęs, kad retrospektyviai moralės norma, kurią jis gina, yra pakankamai galinga, kad pailiustruotų mano ankstesnį teiginį, jog kai kurie moralės principai yra beveik taip pat stipriai pagrįsti kaip ir mūsų gnoseologiniai įsitikinimai. Žodis „retrospektyviai" gali maskuoti svarbią kvalifikaciją. Įsivaizduokime, kad sprendimas *Brown* byloje, paskatinęs judėjimą už pilietines teises, kuris savo ruožtu suteikė juodaodžiams daugiau politinio atkaklumo ir ilgainiui politinio efektyvumo, prisidėjo prie šiuolaikinio politinio konsensuso dėl segregacijos amoralumo. Tuomet būtų per daug paprasta mėginti pagrįsti šį sprendimą šiuo konsensusu. Asmeniškai aš abejoju, kad teismų sprendimai daro didelę įtaką žmonių pažiūroms[32], bet tie, kas nesutinka su tuo, turi kruopščiai apsvars-

[30] Abejotina, ar Kongresas galėtų teisėtai pasinaudoti 5 skyriumi siekdamas anuliuoti Aukščiausiojo Teismo sprendimą; tai nebūtų pataisos įgyvendinimas, bent jau jeigu laikytume teismą autoritetingu Konstitucijos aiškintoju. Žr. Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112, 128–129 (1970) (teisėjo Blacko nuomonė). Tačiau ši problema išnyktų, jei Kongresas pagrįstų segregacijos uždraudimą punktu dėl prekybos reguliavimo bei 14-osios pataisos 5 skirsniu, kaip tai buvo padaryta 1964 m. Pilietinių teisių akte.

[31] Šis punktas pabrėžtas Mary L. Dudziak straipsnyje „Desegregation as a Cold War Imperative," 41 *Stanford Law Review*, p. 61 (1988).

[32] Nors egzistuoja pagunda manyti, kad *Brown* byla buvo rasinio pakantumo didėjimo priežastis šalyje, tam nėra jokių įrodymų, o priešinga nuomonė yra stipriai pagrindžiama būsimajame Čikagos universiteto Politinių mokslų katedros profesoriaus Geraldo Rosenbergo moksliniame darbe.

tyti galimą jų pozicijos reikšmę *Brown* bylos sprendimo pagrįstumui. Jų požiūris į įstatymo jungiamąją galią gali mėginti pateisinti *Brown* bylos sprendimą.

Brown byla turi ir kitą, vėlgi dviprasmišką, reikšmę anksčiau paliestoms šioje knygoje temoms. Sprendimas, apgynęs mažumos teises tuo metu, kai ši mažuma buvo politiškai silpna, turi priversti susimąstyti bet ką, manantį, kad teisė yra tik jėga ar (kas iš esmės yra tas pats) vyraujanti viešoji nuomonė. Ką tik įsitikinome, kad teismo sprendimas negali būti traktuojamas tik kaip neginčijamos jėgos – ginkluotosios jėgos, kokia buvo Pilietinis karas – buvusios 14-osios pataisos priėmimo pagrindu, padarinys. Bet aš nurodžiau praktines priežastis, dėl kurių dauguma galėjo norėti panaikinti oficialią segregaciją, ir prie jų verta pridėti tai, kad sprendimas supriešino ne tautinę mažumą su tautine dauguma, bet tautinę mažumą (juodaodžius) su regionine dauguma, kuri visos šalies mastu taip pat sudarė mažumą (baltieji pietiečiai).

Mano pagrindinė mintis yra ta, kad *Brown* bylos sprendimas yra teisingas ne dėl akivaizdžiai teisingo Konstitucijos aiškinimo, ir aš noriu pasiginčyti su Roberto Borko mėginimu įrodyti priešingą tiesą. Jis daro prielaidą, kad „jeigu Konstitucijos nuostatos aiškiai nenurodo, kuriai vertybei atiduotina pirmenybė, neegzistuoja principinio būdo nuspręsti išaukštinti kurią vieną vertybę prieš kitą. Teisėjas turi griežtai laikytis teksto, istorijos ir daryti išvadas iš jų, o ne kurti naujas teises."[33] (Jei tai tiesa, *Brown* byla buvo išspręsta neteisingai.) Borko nuomone, viskas, ką galima išgauti iš pačios nuostatos dėl vienodos apsaugos ir jos atsiradimo istorijos, yra tik tai, kad šia nuostata „buvo ketinama įgyvendinti esminę idėją dėl juodaodžių lygybės prieš diskriminaciją iš valdžios pusės" (p. 14). Teisėjai, tęsia Borkas, turi vengti piršti savo vertybes; vietoje to jie turi „pasirinkti bendrąjį lygiateisiškumo principą, taikytiną visoms byloms. Dėl tos pačios priežasties teismas negali nuspręsti, kad fizinė lygybė yra svarbesnė už psichologinę. Taigi *Brown* byloje suformuluota taisyklė dėl diskriminacijos iš valstybės pusės uždraudimo turi pakeisti „atskirtųjų, bet lygiateisių" doktriną, suformuluotą *Plessy v. Ferguson* byloje (p. 14–15).

Borkas naudoja institucinių teismų veiklos apribojimų koncepciją (draudimas piršti nuosavas vertybes), kad sukurtų iš nuostatos dėl vienodos apsaugos sąvoką, padėsiančią pagrįsti *Brown* bylos rezultatą. Tačiau analitinio griežtumo išorė yra klaidinanti. Borkas verčiau preziumuoja, negu įrodo, kad vienintelis būdas Aukščiausiajam Teismui neišeiti už savo kompetencijos ribų įgyvendinant „esminę juodaodžių lygiateisiškumo idėją", buvo apibrėžti jos esmę, jungiančią tiek psichologinę, tiek fizinę lygybę. Teismas galėjo pasakyti: „Mes nežinome, kaip plačiai buvo planuojama idėjos esmė, taigi taikysime tik fizinę lygybę, kurią lengviau apibrėžti ir kuri leidžia mums nesivelti į psichologines spėliones." (Iš tikrųjų fizinė lygybė, kaip minėjau, gali būti sunkiau kontroliuojama ir įgyvendinama, bet Borkas neaptaria šios smarkiai pragmatinės klausimo pusės.) Tai nebūtų vertinamasis sprendimas apie santykinę fizinės ir

[33] „Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Indiana Law Journal*, p. 1, 8 (1971). Kitos nuorodos į šio straipsnio puslapius pateikiamos tekste.

psichologinės lygybės svarbą. Tačiau tai atitiktų Borko teoriją apie kuklų ir labai pozityvųjį teismų vaidmenį, kai yra vengiama priimti vertinamuosius sprendimus.

Kita Borko numanoma prielaida yra ta, kad siekimas priartėti prie normos dėl vienodos apsaugos kūrėjų ketinimų – kurie, pasak paties Borko, dažniausiai nėra žinomi – pateisintų net *stare decisis* doktrinos vertybių paaukojimą, kas ir buvo padaryta anuliuojant *Plessy v. Ferguson* bylos sprendimą. Lyginimas ištikimybės pradiniam tikslui su ištikimybe precedentui, arba teisingo įstatymo supratimo siekį su teisinio stabilumo siekiu, nėra aiškinimas naudingąja prasme (ar tokia prasmė išvis egzistuoja?). Trečioji Borko prielaida skelbia, kad teismai turėtų aiškinti formuluotę „vienoda įstatymų apsauga" plačiau, negu ji pati galėtų reikšti iš pirmo žvilgsnio, skaitant ją atsižvelgus į teisėtvarkos žlugimą Pietuose po Pilietinio karo. Ši formuluotė ir jos atsiradimo prielaidos reiškia tiktai, kad valstybė negali taikyti diskriminacijos teikdama policijos, gaisrinės ir kitas apsauginio pobūdžio paslaugas, t.y. negali paskelbti juodaodžių (ar bet kurių kitų nemėgstamų grupių narių) už įstatymo ribų, palikdama juos privačių teroristinių grupuočių, tokių kaip kukluksklanas, malonei. Borkas galėtų atsakyti, kad neapibrėžta formuluotė „vienoda įstatymų apsauga" buvo sąmoningai pasirinkta siekiant suteikti teismams daugiau laisvės ją interpretuojant. Tačiau ar ji iš tikrųjų yra tokia jau neapibrėžta? Be to, jeigu rengėjai ketino deleguoti teismams diskretinę, bendrosios teisės kūrimo valdžią, kaip tuomet *Brown* bylos sprendimas gali būti pateisinamas Konstitucijos aiškinimu? Lygiai taip pat galima vadinti kiekvieną bendrosios teisės teismo sprendimą įstatymo aiškinimu tuo pagrindu, kad įstatymų leidėjas numanomai leido valstybiniams teismams vykdyti teisingumą bendrojoje teisėje akivaizdžiai nedrausdamas jiems tai daryti. Kartais interpretavimo idėja yra išplečiama iki kraštutinumo, žūtbūt stengiantis išsaugoti tariamą teisės objektyvumą.

Interpretavimo problemą neįmanoma išspręsti hermeneutikos pagalba. Buvo teigiama, kad pereinant nuo sprendimo *Plessy* byloje prie sprendimo *Brown* byloje „faktiškai teismas pamažu suprato konstitucinės nuostatos prasmę. Iš šio pavyzdžio galime daryti išvadą, kad teksto galia atitolinti skaitytoją nuo jam susiklosčiusios padėties yra pranašesnė už įsišaknijusį priklausomybės jausmą, kurį skaitytojas atsineša su savimi į hermeneutiką."[34] Tačiau toks neaiškus stilius, kokiu parašyta pirmoji Konstitucijos 14-osios pataisos pastraipa, negali priversti peržiūrėti nusistovėjusio ir patikimo interpretavimo. *Plessy* bylos sprendimo problema buvo ne tai, kad juo buvo iškreipta nuostata dėl vienodos apsaugos, bet tai, kad atėjo laikas, kai jis tapo blogos etikos ir blogos politikos simboliu. Ne „teksto įtaka"[35] privertė peržiūrėti sprendimą *Plessy* byloje, greičiau formuluotės neapibrėžtumas privertė peržiūrėti jį dėl socialinių ir politinių permainų, įvykusių per pusę amžiaus. *Brown* bylos sprendimas buvo

[34] Francis J. Mootz III, „The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur," 68 *Boston University Law Review* p. 523, 606 (1988).

[35] Id. p. 606.

ne svarstymo apie formuluotės „vienoda įstatymų apsauga" reikšmę, bet greičiau moralinės ir politinės aplinkos šalyje pasikeitimo rezultatas.

Tai nereiškia, kad pagarsėjusi teisėjo Harlano atskiroji nuomonė *Plessy* byloje buvo klaidinga – t.y. kad jis buvo priešlaikinis integracijos šalininkas. Tačiau sunkumai, su kuriais susidūrė federaliniai teismai įgyvendindami sprendimą *Brown* byloje, verčia mane abejoti, ar skirtinga *Plessy* bylos baigtis iš tikrųjų panaikintų rasinę diskriminaciją viešųjų paslaugų sferoje Pietuose. Galbūt politinė situacija 1896 metais buvo labiau nepastovi negu 1954-aisiais. Galbūt priešingas *Plessy* bylos sprendimas turėtų reikšmės bent jau nepietinėje teritorijoje – pavyzdžiui, segregacija Indianos valstybinėse mokyklose buvo įteisinta įstatymu iki 1940 m., o atsakovas *Brown* byloje buvo Kanzaso valstijos Topekos miesto Švietimo skyrius. Kaip nuostatos dėl vienodos apsaugos interpretavimas *Plessy* byla galėjo pakrypti bet kuria linkme, bet tas pats galėjo atsitikti ir su *Brown* byla, ir ne vien dėl to, kad *Plessy* byloje buvo suformuotas precedentas, kurio teismas galėjo nuspręsti laikytis.

Aš taip pat netvirtinu, kad vienintelės galimos *Brown* bylos charakteristikos yra aiškinimo tikslumas ir visiškas agnosticizmas. Be anksčiau pasiūlyto pasiteisinimo prigimtine teise (kad *Brown* byloje buvo apginta tuo metu įtakinga moralės norma, kuri šiandien valdo konsensusą), pasvarstykime, ką mes manytume apie galimą Aukščiausiojo Teismo sprendimą panaikinti sprendimą *Brown* byloje tuo pagrindu, kad juo neteisingai išaiškinta 14-osios pataisos nuostata. Mes paskelbtume tokį sprendimą neteisingu, nors ir sutikdami, kad jis yra pagrįstas pateisinama Konstitucijos aiškinimo teorija. Toks sprendimas taptų didžiule provokacija, keliančia rasinę neapykantą ir priešiškumą tautoje, kuri šiandien yra labiau rasiškai nevienalytė, negu kad buvo *Brown* bylos nagrinėjimo metu; jis būtų nedelsiant panaikintas Kongreso, pasinaudojus jam suteiktais įgaliojimais pagal punkto dėl prekybos reguliavimo 5 pastraipą; jis išmuštų iš vėžių visą konstitucinę teisę, kuri labiausiai remiasi aiškinimo pagrindais, ne stipresniais (o dažnai daug silpnesniais) negu tie, kurie buvo pasitelkti *Brown* byloje; ir kokie bebūtų šio sprendimo motyvai, jis būtų vertinamas kaip teismo politizavimo įrodymas. Trumpai tariant, toks sprendimas būtų socialiai, politiškai ir teisiškai destabilizuojantis.

Pateiktas pavyzdys rodo, kad mūsų teisinis tikrumas yra pagrįstas ne analize, o pragmatizmu. Stipriausias argumentas *Brown* bylos sprendimo naudai yra tai, kad jo panaikinimas sukeltų neigiamas pasekmes. Williamo Jameso (1842–1910) žodžiais tariant, mes tikime, jog *Brown* bylos sprendimas yra teisingas todėl, kad toks tikėjimas yra geras ir naudingas. Tai galima pasakyti apie daugumą teismų sprendimų, kurių autoriteto mes nelinkę ginčyti, neatsižvelgiant į tai, ar jie yra tik tariamai interpretaciniai, ar buvo priimti svarbiausiose bylose įvairiose bendrosios teisės sferose.

Hansas Linde'as nepriimtų pragmatinio požiūrio į *Brown* bylą. Būdamas energingas teisinio formalizmo (kurį, atrodo, jis sutapatina su pragmatizmu, padariusiu nemažą įtaką teisinio realizmo atstovams) kritikas, jis pasiūlė kaip jo trūkumų pavyzdį panagrinėti Aukščiausiojo Teismo bandymą *Brown* byloje pateisinti išvadą apie mokyklų segregacijos antikonstitucingumą, pasitelkus psichologinius juodaodžių vaikų

savivokos ir savigarbos tyrimus.[36] Rezultatai buvo tikrai neįtikimi – geriausiu atveju.[37] Vieno iš geriausiai žinomų tyrimų – „dviejų lėlių" eksperimento – metu juodaodžiams vaikams buvo siūloma išsirinkti baltos ar juodos spalvos lėlę. Daugelis išsirinko baltąją, tuo parodydami (pasak eksperimento atlikėjų) susilpnėjusią savigarbą – tačiau iš tikrųjų šis procentas buvo didesnis tarp juodaodžių vaikų, gyvenusių Šiaurėje, kur nebuvo segregacijos, o ne Pietuose. Šis eksperimentas buvo pakartotas daug kartų po *Brown* bylos sprendimo – paskutinį kartą 1987 m. – tačiau jo rezultatai iš esmės nepasikeitė.[38] Linde'o nuomone, teismai turėtų grįsti savo sprendimus stipresniais už kintamus socialinių mokslų tyrimų rezultatus argumentais. Žinoma, teismai neturi leisti kvailinti save žemos kokybės tyrimais, kurių tikrai netrūksta. *Brown* bylos sprendimui pagrįsti tikrai yra rimtesnių argumentų negu juodaodžių vaikų psichologijos tyrimai. Bet šie argumentai yra faktų ir pasekmių[39], o ne teisės teorijos ar ypatingų teisės dalykų klausimas. Šie argumentai staiga nekrenta į akis atidžiai išnagrinėjus nuostatą dėl vienodos apsaugos bei ginčus, kilusius iki jos priėmimo. Tai argumentai, pagrįsti politine istorija, sveiku protu ir moraline intuicija. Jie yra aiškinamieji teisėtumo, bet ne siaurąja, o gal net ne naudingąja, prasme.

[36] Žr. Hans A. Linde, „Judges, Critics, and the Realist Tradition," 82 *Yale Law Journal*, p. 227, 239–240 (1972).

[37] Žr. Richard Kluger, *Simple Justice: The History of „Brown v. Board of Education" and Black America's Struggle for Equality*, p. 497–504 (1976); Mark A. Chesler, Joseph Sanders, ir Debra S. Kalmuss, *Social Science in Court: Mobilizing Experts in the School Desegregation Cases*, p. 23–24 (1988).

[38] Žr. Darlene Powell-Hopson ir Derek S. Hopson, „Implications of Black Doll Preferences among Black Preschool Children and White Preschool Children", 14 *Journal of Black Psychology*, p. 57 (1988) bei ten pateiktas nuorodas.

[39] Kaip yra pabrėžta Charleso Blacko argumentuose *Brown* bylos naudai: „Aš išaugau Pietuose, Teksaso mieste, kur segregacijos modelis buvo tvirtai nusistovėjęs. Esu tikras, kad nei baltaodžiui, nei spalvotajam niekada nebuvo kilusi mintis suabejoti jos prasme." Charles L. Black, Jr., „The Lawfulness of the Segregation Decisions," 69 Yale Law Journal, p. 421, 424 (1960). „Byla atrodo tokia vienašališka, kad sunku suprasti, prieš ką protestuojama retoriškai klausiant, kaip gali teismas patarti sau dėl tikrosios segregacijos prigimties. Atrodo, yra mėginama pasakyti, kad kol nekyla realių abejonių dėl to, kam reikalinga segregacija ir kokį visuomenės modelį ji palaiko ir įgyvendina, tol nėra tradiciškai sankcionuoto būdo, kuriuo teismas, kaip teisingumo vykdytojas, gali leistinai sužinoti tai, kas akivaizdu kiekvienam, tarp jų ir teisėjams kaip individams... Faktas, kad teismas priėmė kaip teisingą visiems žinomą dalyką, yra (mažu mažiausiai) daug žemiau sąraše dalykų, prieš kuriuos reikėtų protestuoti". Id., p. 427–428.

IV DALIS

TIKRASIS TEISINGUMAS

11 SKYRIUS

Pataisomasis, baudžiamasis, procedūrinis ir paskirstomasis teisingumas

Teisės objektyvumo paieškos, kurios iki šiol atėmė tiek daug laiko ir dėmesio, turi atvesti mus prie šventojo Gralio, kuris leis teisėjams spręsti pačias sudėtingiausias bylas įspūdingiau, „profesionaliau" ir įsakmiau bei ne taip subjektyviai, „politiškai" ir (kas dažnai pasitaiko) išskirtinai, kaip kartais reikalauja jų asmeninės vertybės bei moraliniai ir politiniai prioritetai. Be to, ką tik patyrėme nagrinėdami *Brown v. Board of Education* bylą, kad kai vienu ar kitu klausimu susifomuoja stiprus moralinis ar politinis konsensusas, pašalinis stebėtojas gali beveik neklysdamas įvertinti teisinio sprendimo šiuo klausimu pagrįstumą. Galbūt todėl, užuot ieškoję teisės šaltiniuose įžvalgių metodų – trumpai tariant, „teisinių argumentų" specifinėms teisės problemoms spręsti, turėtume ieškoti paties pagrindinio teisingumo principo, politinės ir moralinės normos, kuri galėtų būti panaudota teisinėms pareigoms pagrįsti. IV dalies pirmieji trys skyriai nagrinėja tokio principo ar principų radimo galimybę, o 14 skyrius užbaigia temą klausdamas, ar atsakymas į klausimą dėl teisės objektyvumo neglūdi tiesiog pačių teisininkų kukliuose papročiuose.

Pataisomasis teisingumas ir teisėtumas

Aristotelio sukurta pataisomojo teisingumo idėja daugeliui teisės mokslininkų atrodė kaip patrauklus teisės tyrinėjimų orientavimo principas, ypač tokiose bendrosios teisės srityse kaip deliktų ir sutarčių teisė. „Nikomacho etikos" V knygos 2 skyriuje trumpai minima ši sąvoka; 4 skyriuje ji yra paaiškinama plačiau. Iš 3 skyriaus sužinome, kad paskirstomasis (distributyvus) teisingumas – t.y. teisingas valstybės elgesys paskirstant pinigus, titulus ir kitas gėrybes – reikalauja paskirstymo pagal nuopelnus (*kat'axian*). Pataisomasis („išlyginamasis", „komutatyvus") teisingumas yra kitokio pobūdžio. Pataisos principas (*diorthotikos* – pažodžiui „ištiesinimas") taikomas ne apdovanojimams, bet sandoriams (*sunallagamata*), tiek savanoriškiems, tiek priverstiniams – skirstymas kažkiek primena skirtumą tarp sutarčių ir deliktų mūsų teisėje.[1] Pataisomojo teisingumo po-

[1] Kaip savanoriško sandorio pavyzdį Aristotelis mini pirkimą–pardavimą, paskolą, įkeitimą ir t.t., o kaip priverstinius sandorius nurodo vagystę, nužudymą ir pan. Žr. *Nicomachean Ethics*, Kn. V, §2, The Complete Works of Aristotle, t. 2, p. 1784–1785 (red. Jonathan Barnes, 1984).

žiūriu „nesvarbu, ar doras žmogus apgavo niekšą, ar atvirkščiai, bei ar svetimavimu kaltas žmogus yra geras, ar blogas; teisei svarbu tik padarytos žalos skiriamieji bruožai ir ji vienodai traktuoja tiek kaltininką, tiek auką, tiek pažeidėją, tiek nukentėjusįjį."[2] Kiek tai liečia faktinį pataisymą (teisių gynimą), Aristotelis nurodo, kad „teisėjas stengiasi išlyginti padėtį bausmėmis, atimdamas iš kaltininko jo gautą naudą. Apie kaltininko „naudą" paprastai kalbama visais atvejais, nors kai kuriais iš jų ši sąvoka ne visai tinka, pvz., kūno sužalojimo atveju – o nukentėjusiojo atžvilgiu atitinkamai vartojama sąvoka „nuostoliai"... Teisėjas atstato lygybę... Šis procesas vadinamas teisingu [*dikaion*] dar ir dėl to, kad tai yra dalijimas į dvi lygias dalis [*dika*] ... o teisėjas [*dikastes*] kaip tik ir atlieka šį dalijimą [*dichastes*] ... Todėl teisingumas ... reiškia turėjimą vienodo kiekio iki ir po sandorio sudarymo."[3]

Galima būtų pasakyti dar daugiau, tačiau 4 skyrius yra trumpas, o mano pacituotos ištraukos sudaro jo esmę. Nors visiems žinoma, kad „Nikomacho etika" yra ne iki galo suprantamas kūrinys (susidedantis iš Aristotelio paskaitų konspektų), visgi labai mažai nesutarimų esti dėl pagrindinių pataisomojo teisingumo bruožų. Kaip perfrazavo Joachimas, „jei, pavyzdžiui, vagis buvo ponas, o auka – elgeta – asmuo, priklausantis žemesnei visuomenės klasei, šis skirtumas neturės reikšmės teisei ... Viskas, kas teisei rūpi, yra prieš ją esančios dvi šalys, viena iš kurių nepagrįstai praturtėjo, o kita patyrė nepagrįstą nuostolį. Taigi, yra neteisybė, kurią reikia ištaisyti – nelygybė, kurią reikia išlyginti."[4]

Pradžioje reikėtų akcentuoti tris pagrindinius momentus apie Aristotelio pataisomojo teisingumo koncepciją. Visų pirma ištaisymo pareiga yra pagrįsta ne vien tik žalos padarymo faktu, bet žalos padarymo ir delikto sąryšiu. Kaltininkas turi būti įvykdęs deliktą (*adikei*) bei sukėlęs žalą (*eblapsen*), o auka turi nukentėti (*adiketei*) nuo delikto ir patirti žalą (*beblaptei*). 4 skyrius neapibrėžia, kas yra neteisėta, ar neteisinga – *adikos* – bet tik mini šią sąvoką; tuo tarpu 8 skyrius duoda suprasti, kad tik tyčiniai nusižengimai yra neteisingi.[5]

Antra, skirstomųjų motyvų pašalinimas („nesvarbu, ar gerasis nuskriaudė blogąjį, ar atvirkščiai") yra procesinis, o ne etinis principas. Tai nereiškia, kad tokie motyvai

[2] Id., t. 2, p. 1786. Pažodžiui: „Kadangi nėra skirtumo, ar garbingas [santūrus, aristokratas, doras, protingas] žmogus plėšia [apgauna] žemos [blogos, antrarūšės] kilmės žmogų, ar atvirkščiai, ar aristokratas, ar žemos kilmės žmogus yra kalti santuokine neištikimybe vienas kitam; teisė paiso tik padarytos žalos pobūdžio ir elgiasi vienodai, kai vienas yra neteisus, o kitas yra jo auka, arba kai vienas padaro žalos kitam." Tiesioginis vertimas (autoriaus) išryškina santykį tarp pataisomojo teisingumo sąvokos ir skirtingos ginčo šalių visuomeninės padėties.

[3] Id., t. 2, p. 1786–1787.

[4] H. H. Joachim, Aristotle: *The Nicomachean Ethics: A Commentary*, p. 144 (red. D. A. Rees, 1951). Žr. taip pat W.F.R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory*, p. 192–195 (1968); J.A. Stewart, *Notes on the Nocomachean Ethics of Aristotle*, t.1, p. 430–431 (1973); Ernest J. Weinrib, „Aristotle's Forms of Justice," *Justice, Law, and Method in Plato and Aristotle*, p. 133 (red. Spiro Panagiotou, 1987).

[5] Žr. Max Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, p. 70 (1951); Edgar Bodenheimer, *Treatise on Justice*, p. 210–213 (1967).

neturėtų daryti įtakos teisių apibrėžimui ar nustatymui, kokio pobūdžio veiksmai laikytini neteisingais ar neteisėtais. Esmė ta, kad teisėją domina tik padarytos žalos pobūdis – ar ji buvo neteisėta – o ne ginčo šalių charakteris ar nuopelnai; „į asmens moralines savybes ... neatsižvelgiama".[6] Jeigu pateiktume šiuolaikinį pavyzdį, pataisomasis teisingumas reikštų, kad sprendžiant, ar pažeidėjas elgėsi neatsargiai Hando formulės (B < PL) prasme, aplinkybėms, kad kaltininkas gauna dideles pajamas ir todėl jo potencialios išlaidos atsargumui taip pat yra didelės (padidėja B), arba, kad potencialių aukų, žmonių grupės patirti nuostoliai yra ribojami jų mažomis galimybėmis užsidirbti (sumažėja L), turi būti sutelktas visas jų svarbumas formulėje, nepaisant galimo pajamų paskirstymo neteisingumo, dėl kurio šios pasekmės atsirado.

Trečia, Aristotelis rašė savo kūrinius tuometės Atėnų teisės sistemos fone, kai ne tik už deliktus ir sutarčių nevykdymą, bet ir už nusikaltimus buvo persekiojama privačių ieškinių, paprastai paduodamų nukentėjusiųjų ar jų šeimos narių, o ne valstybės prievartos pagalba. Dėl šios priežasties jo teiginys, kad pažeidimų ištaisymas priklauso privatinei, o ne viešajai teisei, buvo logiškas. Tačiau jo sukurta pataisomojo teisingumo koncepcija jokiu būdu neleidžia teigti, kad tik privačių ieškinių – iš deliktų ar iš sutarčių pažeidimų – pagalba yra patenkinami pataisomojo teisingumo keliami reikalavimai dėl teisių gynimo.

Taigi Aristotelio pataisomojo teisingumo sąvoka yra siaura ir formali, apimanti tik du esminius elementus (trečiasis ginčytinas elementas bus aptartas vėliau): (1) žmonės, nukentėję nuo kitų neteisėtų veiksmų, turi turėti teisę paleisti pataisomąjį mechanizmą, valdomą teisėjų, kurie (2) nekreipia dėmesio į aukos ir kaltininko užimamą visuomeninę padėtį. Tačiau kadangi tiek pažeidimas, tiek žala yra preziumuojami, atrodo, kad Aristotelis turėjo omenyje kiek daugiau negu tik būtinumą turėti nešališką valstybės mechanizmą galimos žalos atlyginimui užtikrinti.

Siekdami geriau suprasti, kaip tokia kukli ir banali teisingumo teorija gali būti pažangi ir išsilaikyti amžiais, turėtume prisiminti istorinę diskusiją apie jurisprudenciją, pateiktą Įvade. Išvada, kad jeigu A padaro žalą B, tai B turi turėti galimybę pasinaudoti teismine gynyba, kurią užtikrinantis teisėjas atsižvelgs vien tik į žalingo veiksmo, bet ne į jo dalyvių pobūdį, nėra tokia akivaizdi, kokia gali atrodyti. Ji galima tik santykinai aukšto civilizacijos išsivystymo sąlygomis ir net mūsų dienomis yra ginčijama kai kuriose šalyse. Pačiose pradinėse teisės raidos stadijose (kai kas pavadintų ši laikotarpi ikiteisiniu) B galėjo būti paliktas likimo valiai. Tais laikais teisė buvo suprantama kaip kerštas ir pataisomąjį teisingumą galima traktuoti kaip šios teorijos artimą pakaitalą. Ši teorija yra pagrįsta idėja, kad skriauda, kurią A padarė B, yra visų pirma privatus šių dviejų asmenų reikalas, o kerštas (ypač išsiplėtojęs į tikslaus atpildo idėją – akis už akį) suteikia emocinį pasitenkinimą tariamu pusiausvyros atkūrimu. Šis atkurtos pusiausvyros įspūdis, kurį Aristotelio akcentuojamas lygybės atkūrimas tik sustiprina, yra plačiai akcentuojamas ankstyvojoje literatūroje. A atima X iš B; teisėjas atima X iš A ir grąžina jį B – kiek tai yra įmanoma. Kadangi, kaip rodo jo diskusija apie pataisomojo teisingu-

[6] *Ethics of Aristotle*, t. 2, p. 113, n. 3 (4 pataisytas leidimas, red. Alexander Grant, 1885).

mo pažeidimų ištaisymą, Aristotelis gerai supranta, kad X gali būti toks nuostolis, kuris nebus pažeidėjo turėtos naudos ekvivalentas. Tokia padėtis susiklostė Sofoklio tragedijoje „Edipas karalius". Kitas pavyzdys – A nužudo B siekdamas iš jo pavogti kokį nors mažavertį daiktą. Neištikimybė yra dar vienas pavyzdys.

Idėja, kad žala kartu su jos atlyginimu sudaro griežtai dvišalį sandorį tarp aukos ir kaltininko, verta dėmesio, tačiau jai, žinoma, įmanoma sugalvoti alternatyvų. Galima teigti, kad A elgesys buvo visuomenei žalingas (kadangi B yra visuomenės narys) ir atsakas į jį turi būti grindžiamas visuomenės teisingumo supratimu, o ne idėja, kad B turi atitinkamą teisę dėl jam padarytos žalos. Visuomenė gali suteikti B teisę persekioti savo skriaudiką teisminiu būdu su sąlyga, kad jis naudos šią teisę griežtai kaip priemonę tikslui, suvokiamam kaip viešam, o ne privačiam, pasiekti, arba gali nesuteikti jam tokios teisės palikdamas grynai visuomenines, nekompensacines gynybos priemones. Socialinio požiūrio ir pataisomojo teisingumo kontrastas leidžia žvelgti į pastarąjį vienu metu kaip į žingsnį į priekį nuo teisingumo, kaip keršto, teorijos[7] ir ankstesnės teorijos išdavą, galutinai nenutraukusią ryšių su ja.

Kitas pataisomojo teisingumo bruožas – taip pat neakivaizdus, nors gali atrodyti ir priešingai – yra teisingumo vykdymas „neteikiant jokių asmeninių privilegijų", kaip pabrėžia federalinių teisėjų priesaika. Tai dar kartą rodo, kad pataisomasis teisingumas tolsta nuo keršto, kadangi viena didžiausių keršto papročio problemų yra ta, kad keršytojas faktiškai yra teisėjas savo paties byloje. Teisėjo „abstrahavimąsi" nuo asmeninių bylos šalių bruožų galima vadinti pavyzdžiu arba bent jau analogu abstrakcijos naudojimui moksliniuose tyrimuose ir rinkos santykiuose.

Pats būdamas teisėjas drįstu teigti, kad spręsti bylas neatsižvelgiant į šalių asmenybes nėra įgimta savybė. Tai greičiau išmokytas ir laikui bėgant tapęs įprastu elgesio būdas, bet ne antroji prigimtis. Natūralus elgesys yra būtent vertinti asmenis ir atsižvelgti į jų poelgius tik tiek, kiek tai liečia konkrečią situaciją. Gali atsitikti, kad A apgavo B, bet pasielgė taip vien tik norėdamas pagelbėti savo badaujančiai šeimai; tuo tarpu B yra šykštuolis, bevaikis, bjaurus ir žiaurus bei tyčiojosi iš A dėl pastarojo skurdo. Arba, tarkime, A yra mokslo genijus ir ryžosi apgaulei siekdamas gauti pinigų savo moksliniams tyrimams, o B yra sąvadautojas ar sukčius. Galbūt A yra valstybės vadovas – ir geras vadovas, nepaisant jo nesąžiningumo – ir jei jo padaryta apgaulė bus atskleista teisme, jis bus priverstas pasitraukti iš valdžios ir valstybė dėl to nukentės. Galbūt jis yra karo didvyris, sunkiai besiverčiantis iš skurdžios senatvės pensijos ir nusikalsti jį paskatino visiems gerai suprantamas jausmas, kad jo šalis su juo žiauriai pasielgė. Visais minėtais atvejais, kaip ir vertinant kiekvieno mūsų šeimos narių padarytus pažeidimus, mes instinktyviai linkę vertinti žmogų, o ne (tik) jo elgesį: tai elgesys, priešingas Aristotelio patarimams.

Užuomina apie šeimos narius atskleidžia personalinio teisingumo idėjos, suprantamos kaip Aristotelio teisinio teisingumo idėjos priešybė, dviprasmiškumą. Personalinis teisingumas galėtų reikšti bet kurį arba visus tris atskirus ginčų sprendimo bū-

[7] Kurios įvairiausius trūkumus aptariu knygose *The Economics of Justice*, 8 sk. (1981) ir *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1 sk. (1988).

dus. Pirmasis būdas yra ginčų sprendimas atsižvelgiant į teisėjo, kaip tėvo, investuotojo ir pan., turimą asmeninį interesą byloje – kas tarp kitko yra keršto teisingumo bruožas. Antrasis būdas yra ginčų sprendimas atsižvelgiant į šalių charakterį, visuomeninę padėtį, išvaizdą ar kitus asmeninius bruožus, nesvarbu kokie svarūs jų pateikti argumentai. Pagaliau trečiasis būdas yra realus, o ne formalus teisingumo vykdymas, t.y. ginčo sprendimas tinkamiausiu konkrečioje situacijoje būdu, užuot paprasčiausiai pritaikius bendrąją taisyklę. Pirmasis būdas ilgą laiką atrodė korumpuotas, o trečiasis suponuoja dalykus, apie kuriuos Aristotelis neužsiminė aptardamas pataisomąjį teisingumą: optimalus normos ir principo santykis. Antrasis būdas yra personalinis teisingumas, kurį Aristotelis smerkė.

Aristotelis buvo teisus smerkdamas tokį įgimtą personalinį teisingumą, koks yra antrasis modelis (ir pirmasis taip pat). Per daug išplėsdamas svarbias bylai aplinkybes personalinis teisingumas nepaprastai pasunkina sprendimų priėmimo procesą ir paverčia teisines pareigas nenuspėjamomis. Jis taip pat didina socialinės ir ekonominės šalių padėties skirtumų įtaką, net jeigu šie skirtumai yra visai atsitiktiniai ar nulemti priespaudos, o ne gabumų ir darbštumo. Jis skatina korupciją, didindamas šalių pataikavimo teisėjams naudą, bei visuomenės lėšų švaistymą, siekdamas įgyti ar simuliuoti tinkamas manieras ar kitus bruožus, kurie patiktų teisėjui – nors ne visos išlaidos asmenybės bruožams tobulinti laikytinos lėšų švaistymu! Jis slopina prekybą ir sandorių sudarymą su užsieniečiais, kadangi personalinio teisingumo sistemoje užsienietis ar kitas pašalinis asmuo atsidurtų labai nepalankioje padėtyje bylinėdamasis su vietos subjektu, ir todėl jis nuolat jaus teisinės apsaugos stoką tvarkydamas verslo reikalus su tokiais asmenimis. Jis smaugia individualumą; kaip pasakė Sokratas, nepopuliarus žmogus nesuras teisybės populiaraus „vieno žmogaus" teisingumo sistemoje. Jis neatitinka teisėjų nepriklausomumo idėjos, kadangi daro prielaidą, jog teisėjai gali būti įbauginti didikų, tuomet stabdomas kompetentingos profesionalios teismo valdžios kūrimas. Taigi pataisomasis teisingumas yra tarpinė grandis pereinant nuo keršto prie visavertės teisėtumo ideologijos, nors Aristotelis nežengė paskutinio žingsnio „Nikomacho etikoje" (plačiau apie tai žr. „Politika", III kn., §15–16).

Personalinis teisingumas, pasak Aristotelio, skiriasi nuo vadinamojo sprendimų priėmimo vadovaujantis principais, o ne normomis, bet tam tikras ryšys visgi yra. Visiškai suasmenintas teisingumas neturėtų jokių taisyklių, kadangi teisinė atsakomybė priklausytų ne nuo asmens elgesio ir normų santykio, bet nuo asmeninių ginčo šalių charakteristikų. Kita vertus, valdymas, pagrįstas principais, praplėsdamas teisėjų veiksmų laisvę, leidžia personaliniam teisingumui prasiskverbti pro tarnybinį įėjimą, jei centrinis yra uždarytas.[8] Taigi perėjimą nuo personalinio prie nešališko tei-

[8] Francis Lieber, *Legal and Political Hermeneutics*, p. 164 (papildytas leidimas. 1839), kaip pavyzdį cituoja vieną Kinijos baudžiamojo kodekso nuostatą, skelbiančią (pagal vertimą į anglų kalbą): „Kas elgėsi neteisingai ir priešingai įstatymų dvasiai, nors ir nepažeisdamas jokio konkretaus straipsnio, bus nubaustas mažiausiai 40 smūgių; o jeigu neteisingumas buvo rimtas, bausmė bus mažiausiai 80 smūgių." Apie islamo teisėjų (*kadi*) diskrecinio teisingumo vykdymą žr. Lawrence Rosen, *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, p. 56–78 (1989).

singumo galima sieti su perėjimu nuo principų prie normų. Tačiau šie du procesai nėra tapatūs; principas, kaip ir norma, labiau liečia elgesį negu asmenybę. Net empirinės sąsajos tarp normų ir nešališko teisingumo bei tarp principų ir suasmeninto teisingumo yra silpnos. Kadangi principų taikymas praktikoje reikalauja daugiau žinių negu normų taikymas, didesnis pasitikėjimas normomis, susijusiomis su principais, pastebimas mažiau išsivysčiusiose visuomenėse. Tačiau reikėtų pasakyti, kad pastarosiose teisės viršenybė nėra stipriau įsitvirtinusi negu išsivysčiusiose visuomenėse. Taip yra todėl, kad nešališko teisingumo – teisingumo, kuris nepaiso asmenybių – principas mažiau išsivysčiusiose visuomenėse turi daug silpnesnius pamatus. Tikslių ir plačių taisyklių bei teisėjų, įbaugintų įtakingų bylos šalių, derinys yra paplitęs visuomenėse, kovojančiose už modernumą. Didelis pasikliovimas normomis gali būti žūtbūtinių pastangų priešinimosi personaliniam teisingumui atspindys, o perėjimas prie principų gali reikšti augantį pasitikėjimą teisėjų gebėjimais peržengti personalinio teisingumo ribas.

Ši diskusija rodo, kaip teisėtumas gali prisidėti prie teisingumo vykdymo, net jeigu pačios teisės normos tiesiog atspindi vyraujančią viešąją nuomonę. (Doras reliatyvizmo šalininkas suabejotų bet kokiais aukštesniais siekiais teisės normų turinio atžvilgiu.) Nešališkas teisės normų taikymas sumažina jos panaudojimo silpnųjų visuomenės grupių išnaudojimui tikimybę. Tai leidžia šių grupių nariams pasinaudoti bet kokiomis privilegijomis, kurias teisės normos jiems formaliai suteikia; o užkraunant normos taikymo kaštus visiems asmenims, patenkantiems į jos veikimo sritį, silpnieji žmonės suvienijami su kitais, kurių teises ši norma paveikia. Šiek tiek kitaip išdėstant antrąją pastabą, teisės normų bendrasis pobūdis, palyginus su įsakymais ar potvarkiais, nukreiptais į konkrečius asmenis, visuotinumas, kuris yra kitas tradicinės teisės normos sampratos aspektas, gina silpnuosius teisiškai sulygindamas juos su kitais, stipresniais, subjektais. Būtent tai ir yra esminė vienodos teisinės apsaugos reikšmė – įgyvendinimas bendrojo pobūžio nešališkų normų, apibūdinančių silpniesiems ir izoliuotiems visuomenės nariams naudingą teisę, neatsižvelgiant į jokias kitas teorijas, specialiai sukurtas jų naudai.

Teisės visuotinumas turi tiek laiko, tiek erdvės (ką tik aptartą) aspektą. Teisės viršenybė reiškia, kad ginčai bus sprendžiami pagal „principus, įtvirtintus bylose, išspręstose ramesniais laikais."[9] Teismų veikla, priimant sprendimus nusistovėjusių principų pagrindu, tam tikru, gana skirtingu, negu Konstitucijoje numatyta apsauga nuo neapgalvotų užsiliepsnojusios daugumos veiksmų, būdu leidžia atsiriboti nuo aistrų, verdančių visuomenėje sprendimo priėmimo metu. Tačiau kaip labai galima abejoti izoliacija? Ironiška, kad teisėjas Frankfurteris išsakė mano ką tik pacituotą teiginį viename iš sprendimų, pritardamas komunistų judėjimo lyderių nuteisimui pagal Smito įstatymą [1940 m. Įstatymas dėl užsieniečių registravimo; paprastai vadinamas H.W. Smitho – Virdžinijos valstijos atstovo, parengusio skyrių dėl antivyriausybinės agitacijos – vardu] – nuteisimui, kuris, daugelio manymu, atspindėjo McCarthy [*Joseph*

[9] Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 528 (1951).

McCarthy 1909–1957, JAV senatorius, išgarsėjęs savo antikomunistiniais pareiškimais ir propaganda (vertėjo pastaba)] laikų antikomunistinę isteriją. Be to, nors retrospektyviai amerikiečius apėmusi komunistų partijos baimė atrodo labai perdėta, tai nebuvo akivaizdu 1951-aisiais; o principai, įtvirtinti ramesniais laikais, gali netikti mažiau ramiems laikams.

Teisėje smulkmenos nuolat kovoja su bendrybėmis. Normos yra ne tik tobulinamos atsižvelgiant į pasikeitusias aplinkybes, kaip, pvz., vidinės ramybės sumažėjimas šalyje, bet iš jų gali būti daromos išimtys. Praktinė to pasekmė yra skiriamosios ribos tarp normų ir principų nutrynimas; ir būtina nuspręsti, ar galima kalbėti apie teisės viršenybę teisės sistemoje, kur yra plačiai paplitę principai ir į juos panašios taisyklės. Manau, atsakymas turėtų būti teigiamas. Principas, kaip ir norma, yra bendrojo pobūdžio (iš tikrųjų principas yra bendresnis), ir nieko nėra prieštaringo idėjoje dėl nešališko principų taikymo, nors praktikoje jis nėra toks pat nešališkas kaip normų taikymas, kadangi principo taikymas suteikia daug platesnę diskrecijos teisę. Būtų absurdiška teigti, kad teisėjas, išsprendęs autoįvykio bylą pagal nerūpestingumo principą, o ne pagal objektyvios atsakomybės taisykles, pasielgė neteisėtai. Svarbus kontrastas yra tarp bendrojo pobūdžio normos ar principo, taikomų neatsižvelgiant į asmenybes, ir sistemos, kurioje asmens teisės ir pareigos priklauso nuo jo socialinio statuso.

Tačiau kontrastas pasidaro mažiau ryškus, kai yra atsižvelgiama į siūlymus, kaip feministinio teisingumo [teisės teorija, atsiradusi 1960-aisiais ir pagrįsta politine, ekonomine ir socialine lyčių lygybe] atveju, tiek labiau akcentuoti svarbesnius principus, tiek jautriau reaguoti į grupių, praeityje patyrusių diskriminavimą ar kitaip sumenkintų, narių ypatingus poreikius, interesus ir išgyvenimus.[10] Žinoma, galima įsivaizduoti teisės sistemą, sąmoningai palankiai nuteiktą moterims, mažumoms ar kitoms grupėms, tačiau tuomet tokių privilegijuotų grupių narius bus sunku vertinti kaip sumenkintus ir prislėgtus. Iš esmės grupė, kuri yra pakankamai galinga ar pakankamai užjaučiama, kad gautų teisinių privilegijų, nėra parijai [žemiausia Indijos kasta]. Tikrasis parijas išloštų daugiau nešališko teisingumo sistemoje, priklausančioje nuo bendro pobūdžio taisyklių, negu sistemoje, kurioje teisė yra susijusi su asmens statusu, arba kurioje lemiamą vaidmenį vaidina bylos detalės, o ne taisyklių bendrumas.

Pirmasis Aristotelio pataisomojo teisingumo teorijos bruožas – dvišalė teisinės pagalbos prigimtis – nėra toks naujas, kaip teisingumo vykdymo, nepaisant asmenybių, idėja, kuri šiuolaikinėje aplinkoje yra labiau probleminė ir, kas blogiausia, galbūt tuščia. Akivaizdu, kad teisės pažeidimais padaryta žala turi būti atlyginta. Priešingu atveju nebūtų jokios teisės pažeidimų, kurie iš esmės yra elgesys, kuriam visuomenė nori pagal galimybes užkirsti kelią, kontrolės. Tačiau sprendimas dėl to, kokią formą įgis teisinė pagalba: privataus ieškinio (pareiškiamo paprastai, nors nebūtinai, paties nukentėjusiojo), valstybės kaltinimo ar priemonių, pataisomąjį teisingumą darančių abejotiną, užbėgant neteisėtai žalai už akių (pvz., baudžiant girtus vairuotojus neatsižvelgiant, ar jie sukėlė autoįvykį, ar ne), nesuteikiant galimybių pasireikšti tikrajam

[10] Žr. šios knygos 13 sk. bei diskusiją ir nuorodas knygoje *Law and Literature* (7-oji išnaša), p. 108–113.

pataisomajam teisingumui, yra tik sprendimas praktiniais sumetimais, bet ne teisingumo įgyvendinimas. Tarkime, kad autoįvykių socialiniai kaštai sumažėtų, jei būtų atsisakyta deliktinės atsakomybės, pagrįstos nerūpestingumu, bei jos vietoje pasirenkamas draudimo neatsižvelgiant į kaltę ir intensyvesnio girtų vairuotojų baudžiamojo persekiojimo derinį. Tuomet nukentėjusių nuo neatsargaus vairuotojų elgesio asmenų teisės nebūtų ginamos teisminiu būdu; tačiau, jei nepaisydami šios pasekmės, mes būtume tikri, kad šios sistemos dėka padidėjo žalos kompensacijos, sumažėjo autoįvykių skaičius bei draudimo įmokos, kas išdrįstų ginčyti sistemos reikalingumą vien tuo pagrindu, kad ji nevykdo pataisomojo teisingumo ir kodėl?

Klausimas, ar išvis galima tokioje situacijoje teigti, kad sistema nevykdo pataisomojo teisingumo? Ji tai darytų plačiu mastu, o tam tikromis aplinkybėmis atitiktų Aristotelio teoriją. Svarbiau yra tai, kad atsisakymas įgyvendinti konkrečią teisės gynimo priemonę visada gali būti suprastas kaip jos pagrindą sudarančios teisės pasikeitimas. Jei anksčiau išvardyti praktiniai sumetimai paskatino įstatymų leidėją dekriminalizuoti neatsargų vairavimą, ar galima Aristotelio teorijos pagrindu laikyti tokį sprendimą pataisomojo teisingumo paneigimu? Pirma reikia pateikti pažeidimo apibrėžimą ir tik paskui gali atsirasti pareiga vykdyti pataisomajį teisingumą. Jei tik tam tikras elgesys kvalifikuojamas kaip teisės pažeidimas, nesugebėjimas kokia nors forma jo ištaisyti, tikrai gali sukelti šoką. Tačiau visuomenė visada yra laisva keisti nusikalstamo elgesio apibrėžimą, bent jau kiek tai liečia pataisomąjį teisingumą.

Idėja, kad pažeidimai, sukeliantys žalą, turi būti ištaisyti, gali būti pavojingai panaši į tautologiją. Neteisėtas elgesys, pasak Aristotelio, yra toks, kuriam visuomenė nori užkirsti kelią, nes jis sukelia nepateisinamą žalą. Šį įspūdį sustiprina tai, kad Aristotelio vartojamas žodis *adikos*, žymintis pažeidimą, reiškia tiek priešingą moralei, tiek neteisėtą elgesį. Aristotelis nedaro skirtumo tarp šių dviejų reikšmių ir tas faktas, kad, kaip buvo pažymėta anksčiau cituotoje ištraukoje (3-ioji išnaša), jis nagrinėja tikruosius savo laikų teisėjus ir teisėjavimą, patvirtina, jog jis kalba apie jam pažįstamą teisės sistemą, o ne apie abstraktų teisingumo idealą. (Tai iliustruoja Judith Shklar požiūrį, paminėtą 7 skyriuje, kad teisinis ir moralinis mąstymas dažnai vyksta lygiagrečiai.) Neteisėtas elgesys iš esmės yra toks elgesys, už kurį numatyta teisinė sankcija. Jeigu nėra faktiško sankcijų taikymo mechanizmo, vadinasi, kažkas yra negerai. Pataisymo būtinybė yra neatskiriama pažeidimo sąvokos dalis. Nėra ko stebėtis, kad nesugebėjimas atlyginti žalos, kuri turi būti atlyginta, laikomas nesugebėjimu užtikrinti teisingumo vykdymą.

Galima kalbėti ir daugiau apie Aristotelio pataisomojo teisingumo idėjos teisminės gynybos aspektą: teisės evoliucijoje iš keršto atrodo logiška, kad jeigu nepavyksta užkirsti kelio pažeidimui ir žala vis dėlto padaroma, kažkokios pataisomosios priemonės turėtų būti taikomos bent jau po šio įvykio – arba deliktinio ieškinio dėl kompensacijos priteisimo, arba, jei tai neįmanoma (pažeidėjas gali būti nemokus), kriminalinės bausmės pavidalu. Nepakanka vadovautis principu „kas buvo, tas žuvo". Jeigu Aristotelio pataisomojo teisingumo idėjoje yra kažkas, kas skiriasi nuo nešališkumo (teisingumo vykdymo neteikiant pirmenybės jokiai ginčo šaliai) sąvokos – geros

ir svarbios idėjos praktine prasme – ar nuo minties, kad valstybė turėtų užtikrinti neteisėtos žalos atlyginimo mechanizmą – kas yra šiek tiek daugiau negu vien tautologija – atrodo, kad tai mintis, kad tam tikros teisminės gynybos nuo neteisėtos žalos užtikrinimas po to, kai žala jau atsirado, yra pareiga, nepriklausoma nuo sankcijų taikymo už neteisėtą elgesį praktinių priežasčių. Ši idėja leidžia paaiškinti Aristotelio pabrėžtą dvišalį teisminės gynybos prigimtį, kuri kitaip liktų mįslinga.

Nors Aristotelis vos tik užsimena apie šią idėją, jos psichologinės ir istorinės šaknys nekelia abejonių; jos yra tos pačios, kaip ir keršto. Žmonės instinktyviai piktinasi, kai varžomos jų teisės, ir reikalauja teisingumo; būtent šiuo reikalavimu, mano galva, yra grindžiama pataisomojo teisingumo idėja, besiskirianti nuo platesnių teisės viršenybės teorijų. Todėl pataisomasis teisingumas yra prigimtinės teisės sąvoka tiesiogine prasme. Mes sutverti taip, kad reikalaujame iš valstybės užtikrinti neteisėtai padarytos žalos atlyginimą po jos atsiradimo. Tačiau šio mechanizmo detalės mums nerūpi. Kompensacija gali nebūti esminis elementas. Gali pakakti bausmės, sukeliančios pažeidėjui žalą, proporcingą tai, kurią jis padarė nukentėjusiajam, – taip yra atkuriama lygybė, apie kurią kalbėjo Aristotelis, nors šiuo atveju abi šalys yra blogesnėje padėtyje nei iki pažeidimo padarymo.

Jei Aristotelio pataisomojo teisingumo teorijos turinys net po detalaus paaiškinimo atrodo sausokas, visgi galima tikėtis, kad daugiau kaip du tūkstantmečius trukęs Aristotelio moralinės ir politinės filosofijos interpretavimas ir plėtojimas praturtino jos reikšmę. Deja, pataisomasis teisingumas nebuvo plačių filosofinių diskusijų objektas ir ši teorija iš esmės lieka savo pradinėje stadijoje.[11] Tiesa, pastaruoju metu daugelis mokslininkų mėgino pasinaudoti šia koncepcija dėl jos ypatingos reikšmės teisės teorijai, tačiau, kaip toliau parodys trumpas kelių tokių mėginimų aptarimas, jų pastangos nedavė didelių rezultatų, o pati koncepcija nebuvo išplėtota.

1970 metais išleistų straipsnių cikle Richardas Epsteinas propagavo griežtos (objektyvios) atsakomybės deliktų teisėje vaidmens išplėtimą. Savo teiginius jis parėmė „pataisomojo teisingumo principais", o būtent „bet kokios asmens teisių pažeidimu padarytos žalos atlyginimo būtinumu".[12] Tai puikus Aristotelio minčių perfrazavimas, bet skaitant toliau, atsiskleidžia Epsteino nepagrįstai platus Aristotelio aiškinimas siekiant įrodyti savo teiginį. Jis kalba apie „pataisomojo teisingumo teorijos reikalaujamą teisėtai suteiktų teisių paskirstymą" ir teigia, kad „pataisomojo teisingumo prin-

[11] Akviniečio komutatyviojo teisingumo teorija atrodo esanti tapati Aristotelio pataisomajam teisingumui. Žr. Thomas Aquinas, *On Law, Morality, and Politics*, p. 164–170 (red. William P. Baumgarth and Richard J. Regan, 1988). Kanto baudžiamojo (atpildo) teisingumo teorija, kaip pamatysime kitame skirsnyje, glaudžiai siejasi su tuo pataisomojo teisingumo aspektu, kuris reikalauja neteisėtos žalos atlyginimo *ex post*, nepaisant to, ar toks atlyginimas turi prasmę dabarties ar ateities požiūriu. Žr. Jefrie G. Murphy, „Does Kant Have a Theory of Punishment?" 87 *Columbia Law Review*, p. 509 (1987). Šis sąryšis pabrėžia keršto (su kuriuo atpildas yra glaudžiai susijęs) ir pataisomojo teisingumo tęstinumą.

[12] Richard A. Epstein, „Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," 8 *Journal of Legal Studies*, p. 49, 50 (1979); žr. taip pat Epstein, „Defences and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability," 3 *Journal of Legal Studies*, p. 165 (1974).

cipai ... padeda nuspręsti, kas yra pažeidėjas, o kas nekaltas", ir kad „pataisomojo teisingumo teiginiai identifikuoja pažeidėją."[13] Iš esmės pataisomasis teisingumas neatskleis, kas yra pažeidėjas arba kas turi teisėtas teises.

Su pataisomuoju teisingumu Epsteinas asocijuoja dvi idėjas: pažeidimo auka turi teisę gauti kompensaciją iš pažeidėjo, žalos padarymo faktas „leidžia ieškovui įrodyti, kad dėl atsakovo veiksmų pradinė pusiausvyra tarp šalių turi būti atkurta."[14] Pirmoji mintis – apie teisę į kompensaciją – iš tikrųjų, kuo mes jau įsitikinome, galėtų būti laikoma Aristotelio pataisomojo teisingumo teorijos dalis, tačiau aiškiai esanti antrajame plane; vienintelė sistema, žinoma Aristoteliui, buvo privačių ieškinių dėl žalos atlyginimo sistema. Antroji idėja – žalos padarymas sukuria pareigą ją kompensuoti – nėra Aristotelio pataisomojo teisingumo teorijos dalis; Aristotelio manymu, tik neteisėta žala sukuria kompensacijos pareigą. Aristotelio teorijoje nerandame griežtos (objektyvios) atsakomybės (pagrįstos ne kalte, bet priežastimi) sąvokos pagrindimo, tačiau bet kokiu atveju tokios sąvokos patenka paskirstomojo teisingumo sferon, kur nustatoma, kokias teises – pavyzdžiui, teisę į žalos atlyginimą, net jeigu dėl jos atsiradimo nebuvo pažeidėjo kaltės – turi asmuo.

Johnas Borgo pritaria Epsteinui, kad pataisomasis teisingumas yra „idėja, kad kai vienas asmuo padaro žalos kitam, nukentėjęs turi moralinę tiesę reikalauti kompensacijos, o pažeidėjas – moralinę pareigą jam ją išmokėti," ir klausia, kokia priežastingumo samprata (vienintelis dalykas, neskaitant žalos fakto, kurį ieškovas turi įrodyti objektyvios atsakomybės sistemoje) galėtų ištverti moralinę naštą, kurią Borgo sieja su taip suprantamu pataisomuoju teisingumu.[15] Atrodo, kad daugeliu atvejų žala, net jeigu ji buvo padaryta tyčia, nereikalauja atlyginimo. Jeigu A atidaro parduotuvę konkuruodamas su B, šis jo veiksmas, ir jis tai žino, greičiausiai atneš B nuostolių – iš tikrųjų A tikriausiai bus priverstas nulemti šiuos nuostolius, atimdamas iš B dalį rinkos, siekdamas iškovoti sėkmę savo paties verslui. Nors niekam nekyla mintis pavadinti konkurenciją deliktu; prisiminkime *Tuttle v. Buck* bylą, aptartą 8 skyriuje.

Epsteinas mėgino išspręsti šią problemą savotišku priežastingumo paaiškinimu. Jo manymu, vienintelės priežastys, turinčios reikšmės teisei, yra analogiškos fizinės žalos, numanomos pavyzdyje „A partrenkė B", priežastingumo paaiškinimui.[16] Borgo nepritaria šiai minčiai ir savo ruožtu teigia, kad deliktų teisės tikslais priežastingumas turėtų būti prilygintas moralinei ar teisinei atsakomybei už pasekmes.[17] Jis teisus ta prasme, kad išvados apie priežastingumą dažnai įtakojamos normatyvinių su-

[13] „Nuisance Law," (12-oji nuoroda), p. 77, 101.

[14] „Defences and Subsequent Pleas", (12-oji nuoroda), p. 167–168, 198–199 bei 87-oji nuoroda.

[15] Borgo, „Causal Paradigms in Tort Law," 8 Journal of Legal Studies, p. 419–420, 454 (1979). „Pataisomojo teisingumo sistemos ramstis yra netradicinė priežastingumo doktrina. Ji leidžia sutelkti analizę į atsakovo veiksmų ir ieškovo patirtos žalos priežastinį ryšį. Šis ryšys savo ruožtu duoda pagrindą patraukti moralinėn, vadinasi, ir teisinėn atsakomybėn." Id., p. 454.

[16] Žr., pvz., Epstein, „Intentional Harms", 4 *Journal of Legal Studies*, p. 391, 431–432 (1975).

[17] Žr. Borgo (15-oji nuoroda), p. 444.

metimų. Galima išskirti pakankamą sąlygą, kaip kokio nors reiškinio priežastį, nes norima tą reiškinį sukelti; pakankamos sąlygos sukūrimas iš esmės sukels ši reiškinį – tokia yra pakankamos sąlygos esmė. Kita vertus, galima išskirti būtinas sąlygas kaip kokio nors reiškinio priežastį, nes norima tam reiškiniui užkirsti kelią, ką (vėlgi iš esmės) bus įmanoma padaryti užkertant kelią vienai iš būtinų sąlygų atsirasti. Galima užkirsti kelią pigiausiai iš šių sąlygų ir pavadinti ją priežastimi. Priežastingumas siekia oportunistinių, funkcinių, pragmatinių, arba, jei kam tiktų, moralinių tikslų.[18] Tačiau priežastingumas ir atsakomybė nėra sinonimai. Tai patvirtina pavyzdys su konkurencija: sėkmingas konkurentas tikrai lėmė savo varžovo nuostolius, bet neužtraukė sau gėdos. Beprotis, įvykdęs nužudymą, yra savo aukos mirties priežastis, net jei jis nepakaltinamas. Jeigu A duoda C lėtai veikiančių nuodų, o B mirtinai sužaloja C akimirką prieš tai, kai nuodai būtų jį nužudę, tiek A, tiek B atsakytų už deliktą prieš C palikuonis; panašiai atsitiktų, jeigu A ir B užkurtų laužus C kieme, o susijungusi ugnis persimestų prie namo ir jį sunaikintų. Nė vienu atveju A ar B veiksmai nėra C patirtos žalos būtinoji sąlyga (nors kiekvieno veiksmai yra pakankama sąlyga), bet teisė nedvejodama pripažįsta juos abu atsakingais.

Net jeigu, nepaisant pateiktų pavyzdžių, priežastingumas galėtų būti sutapatintas su atsakomybe, tai būtų ne pataisomojo, bet paskirstomojo teisingumo teiginys. Tuomet mes kalbėtume apie teisės į žalos atlyginimą ribas, o ne apie pataisomąsias priemones, būtinas, kai pati ši teisė yra pažeista.

Be Epsteino ir Borgo, buvo ir kitų mėginimų sutapatinti žalą su neteisėta žala[19], bet aš juos praleisiu ir pereisiu prie Juleso Colemano atkaklių pastangų iš pataisomojo teisingumo teorijos daryti reikšmingas deliktų teisei išvadas.[20] Jam, be kita ko, rūpėjo atsakomybės be kaltės suderinamumo su pataisomuoju teisingumu (kurį jis

[18] Žr., pvz., R.G. Collingwood, *An Essay on Metaphysics*, 31 sk. (1940); Thomas Nagel, *Mortal Questions*, p. 24, 28–31 (1979); „Proximate and Remote Cause," Nicholas St. John Green, *Essays and Notes on the Law of Tort and Crime*, p. 1, 11–13 (1933) (pirmasis straipsnio leidimas 1870). Išsamiausia teisinio priežastingumo klausimų diskusija filosofiniu požiūriu yra H.L.A. Hart ir Tony Honoré knygoje, *Causation in the Law* (2 leidimas, 1985), kurios pirmoji dalis skirta filosofinių priežastingumo teorijoms aptarti.

[19] Žr. George P. Fletcher, „Fairness and Utility in Tort Theory," 85 *Harvard Law Review*, p. 537 (1972); Frederick L. Sharp, „Aristotle, Justice, and Enterprise Liability in the Law of Torts," 34 *University of Toronto Faculty Law Review*, p. 84 (1976) – abu aptarti mano straipsnyje „The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law," 10 *Journal of Legal Studies*, p. 187, 191–193, 199–201 (1981); žr. taip pat Alan Schwartz, „Responsibility and Tort Liability," *Ethics*, p. 270 (1986).

[20] Žr. šiuos Colemano straipsnius: „The Structure of Tort Law", 97 *Yale Law Juornal*, p. 1233, 1240–1253 (1988); „Corrective Justice and Wrongful Gain" knygoje *Markets, Morals, and the Law*, p. 184 (1988); „Moral Theories of Torts: Their Theor Scope and Limits: Part II", 2 *Law and Philosophy*, p. 5 (1983); „Mental Abnormality, Personal Responsibility, and Tort Liability" knygoje *Mental Illness: Law and Public Policy*, p. 107 (red. Baruch a. Brody ir H. Tristram Engelhardt, Jr., 1980); „Reply to Pilon", 59 *Personalist*, p. 307, 312–313 (1978); „The Morality of Strict Tort Liability," 18 *William and Mary Law Review*, p. 259 (1976); „Justice and the Argument of No-Fault", 3 *Social Theory and Practice*, p. 161 (1974). Colemanas pareiškia padėką Jamesui W. Nickeliui, kurio pažiūras galima rasti straipsnyje „Justice in Compensation," 18 Willam and Mary Law Review, p. 379 (1976).

pats kartais vadina kompensaciniu arba rektifikaciniu) klausimas. Jo manymu, atsakymas yra teigiamas. Jei žala padaryta neteisėtai, nukentėjusysis turi teisę į kompensaciją, tačiau nebūtinai iš pažeidėjo; ypač kai pažeidėjas neturėjo jokios naudos iš pažeidimo, pataisomasis teisingumas nereikalauja, kad būtent jis atlygintų nukentėjusiajam. Egzistuoja dvi problemos. Pirmoji, kai nukentėjusysis negauna jokios kompensacijos pataisomojo teisingumo prasme – jam tiesiog išmokama draudimo išmoka, nes prieš tai jis mokėjo draudimo įmokas (tiksliau – buvo priverstas mokėti – štai ką reiškia draudimo be kaltės sistema: privalomas draudimas nuo nelaimingų atsitikimų). Antroji, kai pažeidėjas vis dėlto turi tam tikros naudos iš savo neteisėtų veiksmų. Jei autoįvykio metu jis vairavo neatsargiai, tokiu būdu sutaupydamas laiko ir atidumo, o galbūt ir pinigų dėl nereguliarios savo mašinos techninės apžiūros), tačiau dėka draudimo be kaltės sistemos neturi nieko mokėti nukentėjusiajam, tuomet jis išlošia pastarojo sąskaita, panašiai kaip plėšikas, nužudęs savo auką dėl mažaverčio daikto. Žinoma, kiekvienu iš šių atvejų pažeidėjo gauta nauda nėra lygi jo padarytai žalai, tačiau Aristotelio mintis aiški: šis neatitikimas nesumažina pareigos vykdyti pataisomąjį teisingumą.

Nors Colemano atsakomybės be kaltės gynimo argumentai, panaudoti prieš kaltinimus pataisomojo teisingumo neigimu, manęs neįtikino, aš taip pat netikiu, kad atsakomybė be kaltės kelia pataisomojo teisingumo problemą. Objektyvioji atsakomybė kuria teisių apibrėžimą iš naujo taip, kad tai, kas kadaise buvo neteisėta žala (neatsargus pėsčiojo partrenkimas) nebebus tokia. Jei kas nors nėra neteisėta, nėra ir poreikio vykdyti pataisomąjį teisingumą.

Ar ši išvada pasikeistų, jei akcentuotume ne žalą, bet paėmimą, kitaip tariant, jeigu pereitume nuo pataisomojo prie restitucinio teisingumo? Vairuotojas, partrenkęs mane skubėdamas (įsivaizduokime) į susitikimą su svarbiu klientu, faktiškai pavertė mano kūną indėliu į savo pelningą verslą. Ar atėmęs kažką iš manęs jis neturėjo užmokėti? Taip, jeigu jis vairavo neatsargiai, galėjo padaryti pažeidimą, o Aristotelio pataisomojo teisingumo teorija tokiu atveju reikalauja atitaisymo. Tačiau jeigu nerūpestingumo ar kitokio neteisėto elgesio pagrindo nėra, tai vairuotojo pasinaudojimas mano kūnu yra teisėtos eksploatacijos forma, panaši į vertingo išradimo, perėjusio visuomenės naudai nustojus galioti išradėjo patentui, panaudojimą.

Restitutcijos perspektyva atrodo tinkamesnė kalbant apie žalą, sukeltą pirkėjui gamintojo parduotos prekės. Pagal griežtos (objektyvios) atsakomybės už nekokybišką produkciją taisykles gamintojas turi atlyginti nukentėjusiajam neatsižvelgiant į tai, ar žalos galima buvo išvengti laikantis reikiamų atsargumo priemonių. Iš tikrųjų visi pirkėjai sumoka tam tikrą įnašą į kompensacijų fondą, mokėdami šiek tiek didesnę kainą, gamintojo nustatytą siekiant padengti galimos žalos atlyginimo išlaidas. Taigi visi tie, kurie turi naudos iš prekės, padengia išlaidas, kurias patyrė jos sužalotas nelaimingas pirkėjas; jei jie neturėtų mokėti, atrodytų tarsi jie pavogtų ką nors vertingo (gyvybę, amputuotą kūno dalį, pinigus) iš šio pirkėjo. Tačiau dar kartą reikėtų pabrėžti, kad sprendimas laikyti konkretų paėmimą neteisėtu yra pirmesnis už sprendimą dėl pataisomojo teisingumo vykdymo. Pateiktame pavyzdyje paėmimas yra dvi-

prasmis. Patyręs žalą vartotojas, kuriam nepriklauso kompensacija, gauna naudos iš mažesnės kainos, palyginus su kitais, nesužalotais, vartotojais, kadangi jis sumokėjo už prekę mažiau negu turėtų sumokėti, jeigu gamintojas būtų buvęs įpareigotas mokėti kompensaciją sužalotiems vartotojams. Jis gautų netgi realią ekonominę naudą, *ex ante*, jeigu minėtas kainų skirtumas būtų didesnis už draudimo nuo pavojinga ar nekokybiška produkcija padarytos žalos apmokėjimo išlaidas ir jeigu nelaimingas atsitikimas iš tikrųjų būtų neišvengiamas, t.y. būtų įvykęs net galiojant griežtos (objektyvios) atsakomybės principui. Būtų nelogiška kalbėti apie paėmimą, t.y. pažeidimą, situcijoje, kurioje tikėtina, kad pati auka iki nelaimingo atsitikimo būtų pasisakiusi prieš griežtos (objektyvios) atsakomybės taikymą.

Be to, kas ne visai derinasi su atsakomybės be kaltės gynimu, Colemanas teigia, kad mums žinoma deliktų sistema yra geriau suprantama kaip pataisomojo teisingumo sistema, negu kaip visuomeninių išlaidų mažinimo sistema. „Priežastis, dėl kurios nukentėjusysis paduoda į teismą pažeidėją, o ne visus kitus, potencialiai išvengusius didesnių išlaidų [Colemano manymu, visi kiti – tai fiziniai ar juridiniai asmenys, kurie galėjo užkirsti kelią nelaimei mažesnėmis išlaidomis, negu tos, kurias patyrė nukentėjęs asmuo], yra ta, kad jo reikalavimas išmokėti kompensaciją, t.y. įvykdyti teisingumą, yra analitiškai susijęs su kai kuriais pažeidėjo elgesio faktais, kuriuos jis siekia nustatyti."[21] Čia Colemanas pabrėžia dvišalį pataisomojo teisingumo pobūdį – pataisomojo teisingumo, kaip rektifikacinio sandorio tarp pažeidėjo ir nukentėjusiojo, idėją, bet nepastebi oportunistinės ar funkcinės priežastingumo idėjos, o kartu ir galimybės, kad sprendimas, kas iš tikrųjų yra pažeidėjas, gali priklausyti nuo to, kas daugiausia išvengė išlaidų. Tiesa, kad deliktų sistemoje nukentėjusysis turi teisę reikalauti nuostolių atlyginimo tik iš asmens, padariusio žalą, tačiau, nustatydami, kas tiksliai yra šis asmuo, teismai nėra abejingi įvairiems nelaimingų atsitikimų išvengimo būdams ir atitinkamai įvairiems „kandidatams" kaltininko vaidmeniui. Įsivaizduokime, kad A, vairuodamas sunkvežimį, partrenkia ir sužaloja B. Pastarasis gali nuspręsti paduoti A į teismą, tačiau jis taip pat (arba vietoje to) gali nuspręsti paduoti į teismą sunkvežimio gamintoją; A darbdavį; automobilio, staiga iššokusio į kelią priešais A automobilį, vairuotoją; kelio projektuotoją; organizaciją, atsakingą už kelių priežiūrą; valstiją, išdavusią A vairuotojo pažymėjimą; blogai veikusio šviesoforo gamintoją; užeigą, pardavusią A alkoholį prieš jam išvykstant į kelionę. Visa tai yra būtinos sąlygos; klausimas, kuri iš jų laikytina nelaimingo atsitikimo priežastimi, bus sprendžiamas racionaliais pagrindais ir atsakymas leis nustatyti asmenį, turėsiantį išmokėti B kompensaciją. Priežastis ir atsakomybė nėra tapačios sąvokos, bet jos iš dalies sutampa. Žinoma, pateiktame pavyzdyje yra įmanomos kelios priežastys ir bendroji atsakomybė.

Į visą šį niurzgėjimą galima atsakyti, kad jeigu šiuolaikiniai mokslininkai nukrypsta nuo Aristotelio pataisomojo teisingumo teorijos, tuo blogiau Aristoteliui. Toks atsikirtimas būtų pritrenkiantis, nes būtų arsurdiška manyti, jog Aristotelis tarė paskutinį žodį teisingumo ar kurioje kitoje srityje – jeigu šie mokslininkai sukurtų ir pagrįstų

[21] „The Structure of Tort Law" (20-oji nuoroda), p. 1249.

naują pataisomojo teisingumo teoriją. Tačiau dauguma jų yra įsitikinę, kad jie remiasi būtent Aristotelio teorija[22], nors tai netiesa. Jie remiasi autoritetingu šaltiniu, tačiau supranta jį klaidingai. Jie daro klaidą ignoruodami siaurą, formalų Aristotelio teorijos pobūdį. Tai naudinga teorija su reikšmingu turiniu, bet ji per daug ribota, kad būtų teisės doktrinos analizės pagrindas.

Panašiai kaip Colemanas, Ernestas Weinribas nori sukurti nepriklausomą nuo ekonominės analizės deliktų teisės pagrindą. Jis suvokia, kad kol pataisomojo teisingumo tyrimai rodo, kad deliktų teisės ekonominė analizė yra nepakankama – mintis apie neišvengiamą pareigą garantuoti *ex post* neteisėtos žalos atlyginimą nėra ekonominė – ji neatsakys nė į vieną specifinį klausimą dėl deliktinės atsakomybės, tačiau, jo manymu, Kantas atranda trūkstamą grandį ir todėl Aristotelio ir Kanto teorijų derinys sudaro užbaigtą moralinį deliktų teisės pagrindą.[23] Tačiau Kanto etika yra per daug abstrakti, kad vadovautų teisinių teorijų kūrimui. Vienintelis Weinribo pateiktas Kanto idėjų taikymo teisės klausimams spręsti pavyzdys buvo susijęs su dilema, ar nerūpestingumas turėtų būti „objektyvi" (t.y. ar jis turi reikšti nesugebėjimą pademonstruoti atsargumo, būdingo vidutiniam asmeniui), ar „subjektyvi" (nesugebėjimas parodyti atsargumo, kurį galėtų parodyti šis konkretus pažeidėjas, veikęs žemiau savo sugebėjimo išvengti nelaimės vidurkio) sąvoka. Gindamas pirmąją poziciją, kurią ilgainiui užėmė ir deliktų teisė, Weinribas remiasi Kantu, teigdamas, kad subjektyvus požiūris reikštų „tvirtinimą, kad riba tarp atsakovo veiksmų laisvės ir ieškovo teisės į kompensaciją už tokių veiksmų sukeltas pasekmes priklauso nuo atsakovo subjektyvaus gebėjimo įvertinti situaciją," paverčiant ieškovo teisę „priklausomą nuo atsakovo subjektyvios valios"; tai „prieštarauja pačiai subjektyviosios teisės esmei", kadangi subjektyvioji teisė yra kažkas, ką asmuo turi ... dėka buvimo savo paties tikslu" ir todėl tai „negali priklausyti nuo kito asmens subjektyvumo."[24] Tačiau pats žodis „subjektyvumas" yra dviprasmiškas. Teisė vartoja jį tam, kad pabrėžtų standartą, kuris keičiasi pagal individualius asmens sugebėjimus; Weinribas vartoja jį, kad parodytų vieno asmens mėginimą pajungti kitą savo valiai. Akivaizdu, kad asmuo, padaręs kitam žalą dėl to, kad nesugebėjo parodyti vidutinio asmens atsargumo lygio (galbūt būdamas protiškai atsilikęs ar nesveikų nervų), nemėgino palenkti jį savo valiai; jis tiesiog negalėjo susilaikyti nuo savo veiksmo. Jo situacijoje nerūpestingumas tampa griežtos atsakomybės forma[25] – kas daro prieštaringą Weinribo griežtos atsakomybės neigimą dėl jos neatitikties Kanto deliktinės atsakomybės koncepcijai[26].

Aristotelio teorijos pagalba galima paaiškinti dar daugiau mūsų teisės sistemos bruožų. Susilaikymas nuo pažeidimo, pavyzdžiui, priklauso tiek nuo kaltininko su-

[22] Colemanas yra išimtis. Žr. „Corrective Justice and Wrongful Gain" (20-oji nuoroda), p. 197.

[23] Weinrib, „Toward a Moral Theory of Negligence Law," 2 *Law and Philosophy*, p. 37 (1983).

[24] Id., p. 51–52.

[25] Žr. William M. Landers and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, p. 123–128 (1987).

[26] Žr. Weinrib, 23-ioji nuoroda, p. 57–62.

laikymo ir nubaudimo tikimybės, tiek nuo gresiančios bausmės griežtumo; ir tai vienas kitą papildantys veiksniai. Pavyzdžiui, 10% nubaudimo už tam tikrą nusikaltimą tikimybė kartu su gresiančia už jį vidutine 10 metų laisvės atėmimo bausme galėtų turėti analogišką poveikį nusikaltimų prevencijai kaip ir 50% nubaudimo tikimybė bei 2 metų laisvės atėmimas. Antrojo derinio kaštai gali būti gerokai didesni, kadangi jis pareikalautų didesnių teisėsaugos institucijų pastangų ir išteklių aukštesnei nubaudimo tikimybei užtikrinti. Tai aiškiai matyti iš pavyzdžio, kur bendras kalinių skaičius išlieka toks pats kiekvienais metais taikant tiek vieną, tiek kitą derinį (tą galima patikrinti padauginus kiekvieną procentinę nubaudimo tikimybę iš atitinkamo laisvės atėmimo metų skaičiaus), tad vienintelis kaštų skirtumas yra tas, kad antrasis derinys reikalauja stipresnių policijos ir prokuratūros pajėgų. Nors pateiktas pavyzdys yra dirbtinis, bendras principas – įvedant griežtesnes bausmes įmanoma sutaupyti policijos ir prokuratūros pajėgų sąskaita bei atbaidyti daugiau potencialių nusikaltėlių nuo nusikaltimų padarymo, sulaikant mažesnį procentą nusikaltėlių – yra tikėtinas. Tačiau visuomenė gali pasirinkti mažiau ekonomišką variantą, nes jis efektyviau užtikrina pataisomąjį teisingumą – mažiau nusikaltėlių lieka nenubausta. Šis žmonių nerimo pataisomojo teisingumo sistemoje, kur atsitiktinumas vaidina labai svarbų vaidmenį, paaiškinimas skiriasi nuo įprasto paaiškinimo: atgaline data loterijos pavidalu vykdomo baudžiamojo teisingumo pasekmių nevienodumas iškreipia paskirstomojo teisingumo prasmę.

Apie atpildo teisingumą ir subjektyviąsias teises

Pataisomasis teisingumas remiasi dviem pagrindais: personalinio teisingumo neadekvatumas bei pasipiktinimas ir satisfakcijos reikalavimas, kurie yra natūrali – tiesiogine prasme – reakcija į kieno nors teisių pažeidimą. Iš šių perspektyvų deliktų sistemą galima laikyti civilizuotu keršto sistemos pakaitalu; ir akivaizdžiai matyti, kad ši sistema galiausiai remiasi baudžiamojo teisingumo idėjomis.[27] Norėčiau žinoti, ar tie mokslininkai, kurie aklai palaiko atpildo teisingumo pavertimą deliktų teisės pagrindu, taip pat palaikys, kaip, mano galva, to reikalauja nuoseklumas, atpildo teorija bau-

[27] Šia tema be Murphy straipsnio, cituoto 11-oje nuorodoje, žr. C.L.Ten, *Crime, Guilt, and Punishment: A Philosophical Introduction*, 3 sk. (1987); Michael S.Moore, „The Moral Worth of Retribution," *Responsibility, Character, the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, p. 179 (red. Ferdinand Shoeman, 1987); John Mackie, „Morality and the Retributive Emotions," *Persons and Values: Selected Papers*, 2 t., p. 206 (red. Joan Mackie ir Penelope Mackie, 1985); Jeffrie G. Murphy ir Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (1988); Robert Norzik, *Philosophical Explanations*, p. 363–397 (1981); Elizabeth H. Wolgast, „Intolerable Wrong and Punishment", 60 *Philosophy*, p. 161 (1985); Herbert Fingarette, „Punishment and Suffering", 50 *Proceedings of the American Philosophical Association*, p. 499 (1977). Reikia nubrėžti skirtumą tarp atpildo kaip bausmės pagrindo ir kaip jos apribojimo. Teiginys, kad atpildas yra pareiga, akivaizdžiai nėra tapatus teiginiui, kad pažeidėjas neturi būti baudžiamas griežčiau negu reikia atpildui. Anksčiau pateikta diskusija liečia pirmąjį teiginį.

džiamojoje teisėje. Alternatyva yra žiūrėti į abi sritis kaip į įrankius. Mes norime pasiekti tam tikrų tikslų – prevencinių, kompensacinių ar kitų, – o deliktiniai ieškiniai ir baudžiamasis kaltinimas tarnauja mums kaip įrankiai, priemonės. Labiausiai išplėtotas instrumentinis požiūris į deliktų ir baudžiamąją teisę yra ekonominis požiūris, aptartas 12 skyriuje.

Primityvaus pataisomojo ir atpildo teisingumo pobūdžio pabrėžimas – šių koncepcijų šaknys elgesyje turi įtikinamus sociobiologinius paaiškinimus – įneša reikiamą korektyvą į paplitusį įsitikinimą, kad Aristotelio ir Kanto mokymas apie teisingumą buvo daugiau „moralinio" negu pragmatinio ir instrumentinio pobūdžio. Nors akivaizdu, kad nei Aristotelis, nei Kantas neturėjo galimybės perskaityti Darwino veikalo „Rūšių kilmė", jų idėjos apie pataisomąjį teisingumą – sankcijų taikymą už pažeidimus – yra įsišaknijusios į žmogaus prigimties, kaip iš esmės kerštingos, supratimą, kas visiškai atitinka Darwino požiūrį. Puiku, bet tai nepretenduoja į etikos viršenybę idėjų, kilusių iš labiau socialinių ar pilietinių žmogaus prigimties teorijų, atžvilgiu.

Lygiagrečiai pasakytina, kad „teisės" yra verčiau primityvi negu sudėtinga sąvoka. Aš kalbu dabar ne apie teisinius ir ekonominius skirtumus tarp situacijų, kur asmens negalima priversti atiduoti kažką be jo sutikimo („nuosavybės teisė"), arba kur jam suteikiama tik teisė į žalos atlyginimą („atsakomybės taisyklė")[28], bet apie labiau paplitusią moralinėje ir politinėje filosofijoje praktiką, kur subjektyvioji teisė yra svarbus interesas, tikėtinai ginamas nuo kitų pasikėsinimų. Mūsų jausmas apie tam tikrų, mūsų nuomone, neatimamų teisių turėjimą yra primityvus mūsų psichologinės prigimties bruožas – vienodai būdingas vaikams ir primityvių bendruomenių gyventojams, pvz., šiuolaikiniams amerikiečiams bei gyvuliams. Išgyvenimas konkurencijos sąlygomis reikalauja turėti bent minimalų jausmą apie esminius dalykus, dėl kurių mes patys sprendžiame, ar pasilikti juos, ar atsikratyti jų, bei apie pasiryžimą kovoti už šią kontrolę – šis pasiryžimas yra subjektyviosios teisės jausmas. Būtybė, kuri nejaučia moralinio pasipiktinimo, kai kita būtybė mėgina atimti iš jos būtinus išgyvenimui dalykus, vargu ar išliks ir susilauks palikuonių, todėl atranka bus palanki būtybėms, turintiems minėtą jausmą.[29] Teisių turinys keisis kartu su besikeičiančia socialine aplinka, tačiau teisių turėjimo jausmas išliks pastovus, ir tuo paaiškinama, kaip 20 a. Amerikos teisėje sugebėjo išsilaikyti keršto, baudžiamojo (atpildo) ir pataisomojo teisingumo idėjos.

Sociobiologija – teorija, pagal kurią būdingi nusistatymai kitų atžvilgiu, kaip antai: altruizmas, pavydas, agresyvumas ar kerštingumas, labai priklauso nuo genų – yra labai prieštaringa iš dalies dėl jos akivaizdžios politinės potekstės. Tačiau būtų neteisinga nepriimti sociobiologijos politiniais sumetimais, tuo labiau kad jos moksli-

[28] Žr. Guido Calabresi ir A.Douglas Melamed, „Property Rights, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review*, p. 1089 (1972); Landes and Posner (25-oji nuoroda), 2 sk.

[29] Žr. Robert L. Trivers, „The Evolution of Reciprocal Altruism," 46 *Quarterly Review of Biology*, p. 35, 49 (1971); Posner, *The Economics of Justice* (7-oji nuoroda), p. 211–212.

nis pobūdis buvo įrodytas rimtų filosofų.[30] Mažų mažiausiai natūralistinių teisių teorija yra naudingas priešnuodis išpūstai teisių retorikai, kuri yra būdinga šiuolaikinės teisėtyros diskursui.

Formalus teisingumas

Aristotelio pataisomojo teisingumo koncepcija yra sudedamoji dalis visos klasės formalių principų, kurie gali atrodyti siaurinančiais teisėjų ir kitų teisės kūrėjų bei taikytojų diskrecijos laisvę, tuo darydami teisę, panašią į „tikrąją teisę", t.y. teisingą, nešališką. Kiti principai apima[31]: (1) teisiniai paliepimai turi būti galimi įvykdyti tų, kuriems jie adresuoti; (2) jie turi vienodai traktuoti visus tuos, kurie yra panašioje padėtyje paliepimo atžvilgiu; (3) jie turi būti vieši; ir (4) turi egzistuoti procedūra, kaip nustatyti paliepimo įgyvendinimui reikalingus faktus. Šis grupavimas, kartais akivaizdžiai laikomas teisinio teisingumo suvokimo esminiu elementu, arba apibrėžiančiu teisės normą bei vidinę teisės moralę, arba atsakančiu į klausimą, kas yra teisė, yra skystokas.

Trečias elementas sudaro dalį pirmojo; kartu jie siekia pašalinti sankcijų taikymo žmonėms, kurie neturi teisėtos galimybės išvengti bausmės laikydamiesi teisės, nelogiškumą. Bet ar jiems pavyksta jį pašalinti? Grįžtant prie retrospektyvios teisėkūros *locus classicus*, Niurnbergo tribunolo nuosprendžio, galima pastebėti, kad net tuo atveju, jeigu nacistų lyderiai savo nusikaltimų žmoniškumui vykdymo metu negalėtų numatyti tikslaus normų, taikytų Niurnberge, turinio, jie turėjo suvokti – ir dauguma jų suvokė – kad jų elgesys buvo tiek priešingas pagrindinėms civilizacijos taisyklėms, kad, jei Vokietija pralaimėtų karą, jie būtų sulaukę siaubingo atpildo. Šis pavyzdys rodo tiek gryno atgalinio teisės galiojimo retumą, tiek mišraus (negryno) atgalinio galiojimo priimtinumą. Pastarojo įrodymas yra tai, kad teisėjai nuolat taiko naujus principus bylose, kur jie buvo suformuluoti, nesirūpinant dėl to, ar pralaimėjusioji šalis turėjo juos numatyti. (Galbūt, jei ji numatytų tokį principą, ji nebūtų pradėjusi proceso.) Teisėjai daro tai praktiniais sumetimais. Jeigu laimėjusioji šalis neturėtų naudos iš naujo principo, ji nereikalautų jo taikyti ir tai trukdytų teisinių permainų procesui. Ir nors teisėkūra paprastai žvelgia į ateitį, iš tikrųjų ji dažnai pasižy-

[30] Žr. Michael Ruse, *Sociobiology: Sence or Nonsence?* (2 leidimas, 1985); Florian von Schilcher ir Neil Tennant, *Philosophy, Evolution, and Human Nature*, 2 sk. (1984). Patys ambicingi pasiūlymai dėl sociobiologijos taikymo teisėje buvo pateikti Johno H. Beckstromo. Žr. jo knygas *Sociobiology and the Law: The Biology of Altruism in the Courtroom of the Future* (1985); *Evolutionary Jurisprudence: Prospects and Limitations on the Use of Modern Darwinism throughout the Legal Process* (1989).

[31] Žr. John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 237–239 (1971), ir ten pateiktas nuorodas; Tom Campbell, *Justice*, p. 23–35 (1988). Prisimintinas 7 skyriuje pateiktas Lono Fullerio pažiūrų aptarimas. Rawlo kriterijai glaudžiai siejasi su Kanto teisės teorija, sumaniai apibendrinta Ernesto J. Weinribo straipsnyje „Law as Kantian Idea of Reason," 87 *Columbia Law Review*, p. 472 (1987).

mi atgaliniu veikimu, kaip yra, pavyzdžiui, kai keisdamas mokesčio dydį ar apskaičiavimo tvarką, ar viešąsias išlaidas, įstatymų leidėjas faktiškai iš esmės pakeičia turto, paveikto naujo reguliavimo, bendrąją vertę. Atgalinio veikimo išvengimas yra tik dar viena aplinkybė, kurią reikia apsvarstyti siekiant socialinės pusiausvyros; ji nėra būtinoji teisėto teisingumo sąlyga. Tai nereiškia, kad tai nesvarbi aplinkybė, tačiau jos svarba keisis pagal situaciją ir svarbumą, kurį nešališkas stebėtojas priskirs kitų socialinių vertybių stabilumui.

Pirmasis elementas taip pat yra per platus. Tiesiogine prasme jis reiškia, kad griežta (objektyvi) atsakomybė yra neteisinga. Objektyvi baudžiamoji atsakomybė dažnai kritikuojama kaip neteisinga (galbūt tik išoriškai, kaip buvo pažymėta 5 skyriuje); objektyvios deliktinės atsakomybės kritika yra reta, nors pasitaiko, kaip mes matėme iš Weinribo pažiūrų aprašymo. Aiškinant pirmąjį elementą lanksčiai, tiesiog kaip draudimą įstatyme reikalauti iš teisės subjektų neįvykdomų dalykų, jis tampa trivialus.

Teiginys, kad lygūs subjektai turi būti lygiai traktuojami (antrasis elementas), viena vertus, yra banalybė, o kita vertus – melas. Racionali sprendimų priėmimo sistema leis išvengti atsitiktinio, t.y. nelogiško bei prieštaringo, privilegijų teikimo ar teisių ribojimo, vienintelio „nelygybės" požymio, smerktino šiuo formaliu lygiu, neliečiant atskirai nagrinėtinų problemų, tokių kaip rasinė diskriminacija. Formali lygybė pašalins kai kurias pasekmes, bet paliks plačią atvirą erdvę. Dar daugiau, nė viena egzistuojanti teisės sistema negali – arba, kas yra įdomiau, neturėtų – vengti visų savavališkų skirtumų. Teisėjai turi turėti galimybę apsigalvoti, net jeigu to pasekmė būtų „savavališkas" skirtingas ankstesnės ir vėlesnės bylos šalių traktavimas. Kadangi neklystančios teisės sistemos išlaikymo išlaidos būtų per didelės, net pati geriausia iš egzistuojančių sistemų neišvengiamai demonstruos plačią rezultatų nelygybę.

Šiek tiek daugiau galima pasiekti formaliojo teisingumo kategorijomis. Nebijant prieštaringumų galima sakyti, kad teisė yra neteisinga, kai ji yra tiek priešinga vyraujančiai viešajai nuomonei, kad praktiškai niekas nepaklus jai ir neįgyvendins jos, arba kai ji yra tiek nesuprantama, kad niekas tiesiog negali jai paklusti, arba kai ji įgyvendinama taip retai, kad žmonės apie ją pamiršta ir ji tampa spąstais neapdairiems. Visa tai būdinga pirmajam ir trečiajam elementui; apskritai vos ne kiekvienoje byloje teisės tikslai žlunga, jeigu napavyksta užtikrinti paklusimo, ir šis bergždumas suvokiamas kaip neteisingumas, kai teisės pažeidimas užtraukia griežtas sankcijas, tuomet teisė atrodo vien tik neigiamai. Akivaizdi išimtis dėl objektyvios atsakomybės, tiek deliktų, tiek baudžiamojoje teisėje, yra klaidinanti; objektyvioji atsakomybė gali tapti priemone, priverčiančia – arba skirta priversti, potencialius pažeidėjus susilaikyti nuo žalos padarymo, apriboti jų veiksmų laisvę arba padėti jiems išvengti pavojingo elgesio, arba drausti savo aukas nuo neišvengiamų nelaimių. Abiem atvejais, atrodo, pavyktų pasiekti neįmanomo.

Sujungta su Aristotelio dvejopa pataisomojo teisingumo sąvoka, ankstesnės pastraipos diskusija pereina į teisėtumo ideologiją, kuri gerokai, bet ne per giežtai, apriboja teisinę diskreciją; šių apribojimų paieškos atves mus į paskirstomojo teisingumo tamsos karalystę.

Paskirstomasis teisingumas

Laikant egzistuojančią teisėtų teisių struktūrą kaip savaime suprantamą dalyką, bus lengviau objektyviai atsakyti į teisės klausimus, kadangi tuomet tiesiog reikės surasti tinkamiausias priemones sutartiems tikslams pasiekti; vertės klausimas tampa faktiniu. Įsivaizduokime, kad visuotinai pripažinta, jog kiekvienas turi teisę į jam padarytos neatsargiu vairavimu žalos atlyginimą, ir priešingai, kad joks atsargus vairuotojas neturi pareigos atlyginti savo veiksmais padarytos žalos. Iš šio atskaitos taško galima vertinti pasiūlymus pakeisti neatsargumo taisyklę objektyvia atsakomybe, išsiaiškinus, ar potencialūs pažeidėjai ir aukos sutiktų su tuo. Tikriausiai jie sutiktų, jeigu (apverčiant ankstesnį pavyzdį) draudimo nuo nelaimingų atsitikimų ir civilinės atsakomybės draudimo įmokos būtų mažesnės galiojant objektyvios atsakomybės sistemai, negu galiojant atsakomybei, pagrįstai kaltumo principu, kas iš tikrųjų būtų realu, jeigu objektyvios atsakomybės taikymas būtų pigesnis ir efektyvesnis užkertant kelią pavojingam elgesiui bei užtikrinant didesnę kompensaciją nelaimės atveju. Dabar įsivaizduokime, kad kas nors teigia, jog žmonės turi turėti teisę į kiekvieno vairuotojo, taip pat ir atsargaus, padarytos žalos atlyginimą; kaip vertinti šį teiginį? Tai jau nebėra pigiausių ir veiksmingiausių priemonių sutartiems tikslams pasiekti – maksimaliai padidinti esamo teisių paskirstymo vertingumą – paieškos klausimas; tai žmonių turimų pradinių teisių nustatymo problema.

Mažai patarimų šiuo klausimu galima rasti ir advokatų kontoroje. Teisininkas gali paaiškinti, kad kai kurios pradinės teisės gali būti sudėtingos ir neįgyvendinamos, ir kaip pagrindą nurodyti normas dėl senaties terminų bei kai kurias Konstitucijos nuostatas (ypač nuostatą dėl draudimo įstatymais varžyti sutartinių įsipareigojimų vykdymą, dėl nuosavybės nusavinimo draudimo bei dėl įstatymų atgalinio negaliojimo), liudijančias nuolatinio teisių pergrupavimo, norint pasiekti idealiai teisingą jų paskirstymą, netikslingumo pripažinimą. Jis taip pat gali paaiškinti, kad žmonės labai piktinasi, kai iš jų atima tai, ką jie laikė savo teisėmis. Tačiau teisininkas savarankiškai nenueis labai toli mėgindamas suformuluoti paskirstomojo teisingumo teoriją ir greitai turės griebtis politinės ar moralinės filosofijos. Darydamas tai jis faktiškai sieks išsklaidyti neaiškumus įklimpdamas į dar didesnį neaiškumą.

Pradžiai mes išsiaiškiname, kad jeigu Aristotelio pataisomojo teisingumo paaiškinimas yra kuklus, jo paskirstomojo (distributyvaus) teisingumo samprata yra dar kuklesnė.[32] „Nikomacho etikos" 5 knygos 3 skyrius paaiškina, kad principas, kuriuo turėtų vadovautis valstybė paskirstydama pinigus ir apdovanojimus, yra atitinkami potencialių jų gavėjų nuopelnai. Nuopelnų standartas savo ruožtu priklauso nuo visuomenės puoselėjamų vertybių. Jeigu visuomenė yra aristokratinė (Aristotelio teisingos visuomenės modelis), paskirstymas atitiks dorybę ar meistriškumą: doresnis pilietis turės teisę į atitinkamai didesnę skirstomų gėrybių dalį negu mažiau doras. Kol šis

[32] Apie pataisomojo ir paskirstomojo teisingumo santykį Aristotelio teorijoje žr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 178–184 (1980).

principas veikia, jis yra puikus, tačiau jo veikimas ribotas, ypač turint omenyje, kad Aristotelis neįsivaizdavo, kad būtent valstybė nuo pat pradžių valdo visus visuomenės išteklius, vėliau paskirstydama juos tarp savo piliečių. Pasak jo, privačioje sferoje žmonės turėtų turėti laisvę mainyti ir kaupti bet kokį jų turimą turtą (palikimą, talentą, geležinę valią ir kt.) su sąlyga, kad bus vengiama neteisingo elgesio, kaip, pvz., vagystės ir apgaulės (žr. 5 knygą, 4 ir 5 skyrius). Jo paskirstomojo teisingumo principas netaikomas visam visuomenės turtui.

Detalumo trūkumas, pastebimas Aristotelio paskirstomojo teisingumo paaiškinime, taip pat būdingas vėlesnėms paskirstomojo teisingumo teorijoms. Mes prabėgomis matėme šį požymį Kanto teorijoje; tą patį galėtume pasakyti ir apie Rawlsą. Reikėtų klasifikuoti teisininkus pagal konkrečias paskirstomojo teisingumo koncepcijas. Panagrinėkime Bruce'o Ackermano koncepciją.[33] Jis vaizduoja labai supaprastintą visuomenės sandaros modelį – kosminio laivo keleiviai, išsilaipinę nepažįstamoje, žmogaus nepaliestoje planetoje, turinčioje ribotus gamtinių išteklių atsargas. Jis sukuria pagrindines pretenzijų dėl gėrybių valdymo ar eksploatavimo (kitaip tariant, dėl teisių turėjimo ir įgyvendinimo) nagrinėjimo taisykles. Reikalavimas laikomas nuginčytu, kai jo pareiškėjas priverstas nutilti – t.y. kai jis nebegali palaikyti savo reikalavimo nepažeisdamas kurios nors iš pagrindinių taisyklių. Šiuo metodu, kuriame jaučiasi šiuolaikinio Vokietijos filosofo Jürgeno Habermaso įtaka, Ackermanas sukuria tiek pirminį principą, pagal kurį visi asmenys turi pradėti savo (suaugusį) gyvenimą turėdami vienodą kiekį turtų, tiek kai kuriuos antrinius principus, susijusius su išsilavinimu, abortais, demokratija ir kitais politiniais ir moraliniais klausimais. Tačiau tik viena iš pagrindinių taisyklių jo analizėje vaidina svarbų vaidmenį. Tai neutralumas, reiškiantis, kad „joks argumentas nėra tinkamas, jeigu jis reikalauja iš teisės turėtojo [t.y. pretendento] įrodinėti, (a) kad jo gėrio koncepcija yra geresnė už bet kurią kitą, pasiūlytą kito tautiečio, arba (b) kad nepaisant jo turimo gėrio įvaizdžio, jis yra iš prigimties viršesnis už vieną ar daugelį savo tautiečių" (p. 11).

Dažniausiai Ackermanas galėtų tiesiogiai pereiti nuo savo neutralumo prielaidos prie išvadų apie paskirstomąjį teisingumą ir kitus politinius ir moralinius klausimus be tarpinės grandies, susijusios su ginčais tarp erdvėlaivio keleivių, grandies, komplikuojančios ir stabdančios jo argumento plėtojimą. Tačiau jo atkaklus tvirtinimas, kad būtent patys ginčai, o ne jų metu išsakomi argumentai, yra valstybės veiksmų įteisinimas ir turi būti vienoje sferoje: apibrėžiant žmonių (ar būtybių), neturinčių „dialoginių sugebėjimų" (p. 75), ir nežmogiškų būtybių, turinčių šiuos sugebėjimus, teises. Pilietybė ir nuo jos priklausančios teisės, pasak Ackermano, kyla iš dalyvavimo racionalioje diskusijoje apie politinį teisėtumą. Tai daro problemišką bepročių ir vaikų – ir net suaugusių, kurie nėra pakankamai protingi ar išsilavinę, kad gebėtų dis-

[33] *Social Justice in the Liberal State* (1980). Nuorodos į šios knygos puslapius pateikiamos tekste. Knygos kritikos, kitokios nei mano, tačiau iš dalies sutampančios, ieškokite J.L. Mackie straipsnyje „Competitors in Conversation," *Times Literary Supplement*, 1981 m. balandžio 17 d., p. 443. Ackermano „dialoginio" proceso pagrindimo ieškokite Bruce'o Ackermano straipsnyje „Why Dialogue?" 86 *Journal of Philosophy*, p. 5 (1989).

kutuoti apie politinį teisėtumą, padėtį: „Kalbančios beždžionės teisės yra saugesnės negu nevispročio" (p. 80).

Ackermano neutralumo teorijai trūksta tiek aiškumo, tiek svarių argumentų. Kadangi dalyje (a) tiesiog pasisakoma prieš niekuo nepagrįstus tvirtinimus, o dalies (b) tikslas yra parodyti privilegijų taikymo, remiantis kilme, priklausymu tam tikrai kastai ar rasei, negalimumą, šių apribojimų taikymas neatrodo įtikinamai ir negalėtų nuvesti toli, jeigu nebūtų panaudota Ackermano gudrybė pervardinant turtus į „valdžią", kai kiekvienas materialinių gėrybių reikalavimas virsta politiniu ir tampa priežastimi visuomenei įsikišti. Elgetos skarmalai yra jo valstybės dovana ir jis turi pateisinti jų turėjimą reikšdamas pagrįstą politinę pretenziją. Kadangi pagrindai, kuriais politinės pretenzijos gali būti paremtos Ackermano sukurtame pasaulyje, yra ribojami neutralumo koncepcija su jos stipria, nors ir miglota, egalitarine potekste (Ackermanas daro išvadą, kad „kiekvienas yra mažiausiai tiek pat geras, kaip bet kas kitas," p. 249), tai tik mažas žingsnis lygaus pradinio gėrybių paskirstymo link; šis paskirstymas tampa toks pat natūralus, kaip ir lygi balsavimo teisė.

Ackermanas galėtų atsakyti, kad politinė filosofija, nagrinėjanti politinių susitarimų, tiek pripažįstančių, tiek ginančių privačią nuosavybę, teisėtumą, negali preziumuoti privačios nuosavybės turėjimo – laikyti jį natūraliu, nepriklausančiu nuo politikos, bet turi jį pateisinti. Tačiau lygiai taip pat nelogiška būtų pradėti nuo bendrosios nuosavybės prielaidos – laikyti ją neišvengiama nesugebėjus pagrįsti privatizavimo. Ackermano prielaida greitai perauga į nenuginčijamą prezumpciją apie tolygų pradinį gėrybių paskirstymą.

Ackermanas dar labiau klastoja išvadas teigdamas, kad „manos" (vienintelio gėrio jo išgalvotame pasaulyje) paskirstymas, yra kovos tarp individų dėl valdžios ar atskirų gėrybių modelis. Kadangi mana yra atrandama, o ne pagaminama, kova dėl jos yra žaidimas, kuriame vienas asmuo laimi lygiai tiek, kiek kitas pralaimi. Tai iš tikrųjų panašu į politikų ir interesų grupių kovą dėl valdžios – tai viena iš priežasčių, darančių politinę konkurenciją tokią amoralią, tačiau kova dėl materialinių gėrybių valdymo yra kitokio pobūdžio. Tinkamai veikiančios rinkos ekonomikos sąlygomis asmuo gali padidinti savo turtus tik pasiūlęs kitiems ką nors patrauklaus mainais, kas reiškia, kad turto kaupimo procese asmuo tuo pat metu didins savo verslo partnerių gerovę. Ši abipusė nauda ir yra „prekybos pelnas".

Akivaizdu, kad Ackermanas kalba apie pradinį paskirstymą jau egzistuojančių (pvz., žemės), o ne sukuriamų gėrybių, kadangi pastarosios atsiras vėliau ir todėl nedalyvaus pradiniame paskirstyme. Jis įsivaizduoja naujų prekių ir paslaugų kūrimą rinkos pagalba. Tai sumažina jo analizės statinę kokybę, bet sukuria skylę jo egalitarinėje schemoje. Žmonės turi įvairių elgesio rinkoje įpročių, kaip ir skirtingus skonius, talentus ir sėkmę, tad tikėtina, kad šie skirtumai laikui bėgant darys įtaką netolygaus pradinio paskirstymo padariniams. Neaišku, ar turtų paskirstymas Jungtinėse Valstijose būtų tolygesnis šiandien, jeigu žemė ir kiti gamtos ištekliai būtų buvę paskirstyti idealiai tolygiai valstybės įkūrimo laikais.

Manau, kad sutikus su Ackermano daromomis prielaidomis, liktų tik vienas žingsnis iki egalitarinės paskirstomojo teisingumo koncepcijos. Tačiau jis nesugeba žengti šio žingsnio, ir ne vien dėl ką tik aptartos priežasties, t.y. dėl to, kad pirminio paskirstymo (tolygaus ar ne) padariniai po kelių dešimtmečių gali išnykti paverčiant pirminio paskirstymo klausimą neįdomiu praktine prasme. Iš esmės jis nesugeba pateisinti tolygaus pradinio gėrybių paskirstymo. Kiekvienam pretenduojančiam gauti neproporcingai didelę dalį pradinių visuomenės išteklių Ackermanas ryžtingai kontrargumentuoja: „Kadangi aš esu mažų mažiausiai vienodai vertingas, aš turėčiau gauti bent jau tokį pat kiekį mūsų abiejų geidžiamo turto" (p. 58), t.y. manos. Bet pretendentas gali nesunkiai atsikirsti teigdamas: „Tavo nepagrįstas teiginys dėl santykinio vertingumo neaiškia prasme nėra racionali priežastis, kad tau būtų duota lygi turto dalis." Toks atsikirtimas nepažeis neutralumo koncepcijos – ir tai patvirtina Ackermano prielaidos, kad „neakivaizdinis" sprendimas (kai visi yra nutildyti) yra lygių dalių suteikimas visiems, atsitiktinumą. Tiesa, Ackermanas siūlo šiek tiek išsamesnį pretenzijos į lygią dalį pagrindimą: „Aš esu asmuo, turintis supratimą apie gėrį ... Vien dėka to aš esu toks pat vertingas kaip kiti" (p. 66). Bet vien turėti supratimą apie gėrį nereiškia būti geram, būti vertam. Hitleris irgi turėjo savo supratimą apie gėrį, vadinasi, jis irgi galėjo kalbėti taip kaip Ackermanas. Dialogo metodas nėra toks drausminantis, kaip atrodo Ackermanui.

Michaelis Walzeris išsakė panašią mintį, nagrinėdamas Habermaso teoriją. „Turime dilemą: jeigu reiškinys, Habermaso vadinamo idealia kalba arba neiškraipytas komunikavimas, yra detaliai apibrėžtas, tuomet jo pagalba galima perteikti tik ribotą kiekį dalykų, ir išsakyti juos tikriausiai galės tik pats filosofas, atstovaudamas mums visiems ... Kita vertus, jeigu šis reiškinys apibrėžtas tik apytikriai, taip, kad ideali kalba labiau primena demokratinę diskusiją, tuomet dalyviai gali sakyti praktiškai ką tik panorės, ir nėra priežasties, dėl kurios rezultatai neturėtų būti (kartais), labai keisti ir net priešingi gerai moralei."[34]

Ackermanas modifikuoja savo egalitarinę paskirstomojo teisingumo teoriją siekdamas sudaryti sąlygas nelygybėms kompensuoti – pritariamieji veiksmai plačiąja ir įprastine, siaurąja, prasme. Bet jis daro tai manipuliuodamas sąvokomis „dominuoti" ir „išnaudoti". Aklas ar turintis kitų rimtų fizinių trūkumų žmogus, pasak Ackermano, „kenčia neišgydomą kitų dominavimą" (p. 247). Dėl šios priežasties toks asmuo turi teisę į brangesnį išsilavinimą; kadangi net įgijęs vienodai gerą išsilavinimą (papildomos išlaidos reikalingos tam, kad maksimaliai būtų įveikta fizinė negalia) jis bus ne taip gerai aprūpintas (vis dar bus „kitų valdžioje"), visuomenė, Ackermano manymu, turi jam suteikti dar daugiau išsilavinimo, gėrybių ir bet kokių kitų būtinų dalykų, kad būtų pasiekta grynoji lygybė ir panaikintas kitų dominavimas. Kad ir kaip stipriai šis rezultatas apeliuotų į mūsų žmogiškuosius ir altruistinius instinktus (tikrus ar apsimestinius), jis ne tik yra nutolęs nuo tradicinių liberalizmo koncepcijų, bet numato tokį perskirstymo mastą, kuris pareikalautų neįtikėtinai didelių mokesčių kar-

[34] Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, 11 n. 9 (1987).

tu su juos lydinčiu prievartos mechanizmu. Tokia strategija būtų patrauklesnė, jeigu jos taikiniai būtų dominavimas ir išnaudojimas aiškia prasme, tačiau Ackermanas vartoja šiuos žodžius kaip nelygybės sinonimus. Jis pateisina turtinės nelygybės pašalinimo priemones smerkdamas bet kokias egzistuojančias nelygybes.

Žmonės, mėginantys nuo nulio sukurti tobulą socialinę sistemą, dažnau jaučiasi įvilioti į spąstus logiškos, tačiau beprotiškos jos potekstės, ir neturėdami Platono (žr. „Respublika") ar Benthamo[35] savybių, jie stengiasi pabėgti. Ackermanas, suabejojęs nevispročių teisėmis ir pritaręs teisei į abortą todėl, kad „embrionas neišlaiko dialoginio testo aiškiau negu suaugę delfinai" (p. 127), atsargiai priartėja prie vaikžudystės klausimo.[36] Nors „vienos dienos kūdikis yra ne daugiau pilietis negu devynių mėnesių embrionas," Ackermanas tvirtina, kad valstybė gali uždrausti vaikžudystę remdamasi „beprasmiško žiaurumo draudimo principu": „biologinių tėvų valdžioje yra tiesiog perduoti vaiką trečiajam asmeniui, bet vietoje to jie pasirenka jį nužudyti. Kokia kita priežastimi jie gali motyvuoti savo veiksmą, jeigu ne noru sukelti skausmą bežadžiam padarui?" (p. 129). Pirmiausia nėra aišku, kodėl jie turėtų rasti kitą priežastį, visai kaip žmonės nusprendę verčiau sunaikinti, negu suvalgyti savo maną. Nesikišimo principas būtų pažeistas, jeigu tėvų turima gėrio samprata, kokia ji bebūtų, – kad ir beprasmiškas žiaurumas, būtų laikoma menkesne už kieno nors kito turimą sampratą; tai vėlgi iškelia Hitlerio problemą. Kadangi kūdikis neturi reikšmės visuomenėje, jis negali pasipriešinti savo tėvų turimai gėrio sampratai, tvirtindamas esąs toks pat vertingas kaip ir jie. Ackermanas taip pat ignoruoja tikimybę, kad niekas kitas gali nenorėti priimti svetimo vaiko, kas leis tėvams nesunkiai pateisinti jo nužudymą dėl kitos priežasties negu vien dėl noro sukelti skausmą: pamatę, kaip vaikas atrodo, jie galėjo tiesiog persigalvoti ir nebenorėti jo. Visiškai nenorėdami sukelti jam skausmo, jie gali pasirinkti neskausmingą nužudymo būdą. Vaikas gali netgi kelti jiems baimę; prisiminkime, kodėl Edipo tėvai mėgino jį nužudyti.

Ackermano problema iš dalies yra ta, kad jo tyrimas iškrenta iš konteksto, yra neistorinio pobūdžio. Panašiai kaip Platonas ir Benthamas, jau nekalbant apie Hobbesą, Rawlsą ir Nozicką, jis nori pradėti tuščioje vietoje, nuo pirminio principo. Štai kodėl jam taip sunku suvokti protiškai atsilikusio vaiko žmogiškąją prigimtį. Tačiau teisėjai spręsdami bylas nepradeda tuščioje vietoje. Todėl nors Ackermano knygos neįprastumas neturėtų mažinti jos akademinių nuopelnų, ji turi priversti susimąstyti bet ką, manantį, jog teisėjai turėtų vadovautis politinės ar moralinės filosofijos autoritetais.[37] Fi-

[35] Žr. mano diskusiją apie Benthamą knygoje *The Economics of Justice*, p. 31–47 (1981).

[36] Šis klausimas taip pat rūpėjo Kantui, kuris pateikė tokį neįprastą atsakymą. Jis aptaria motinos įvykdytą savo nesantuokinio vaiko nužudymą: „Vaikas, gimęs ne santuokoje, yra už įstatymų ribų ... ir savaime už įstatyminės apsaugos ribų. Vaikas slapta įsibrovė į valstybę (panašiai kaip uždrausti gaminiai), todėl jo egzistavimas, kaip ir jo nužudymas, gali likti nepastebėti (teisė draudė jam gimti šiuo būdu); o motinos gėdos, paaiškėjus nesantuokinio vaiko gimimui, negalima ištrinti jokiu oficialiu dekretu." *The Metaphysical Elements of Justice*, p. 106 (vertė John Ladd, 1965).

[37] Cf. Michael Walzer, „Philosophy and Democracy," 9 *Political Theory*, p. 379 (1981). Apskritai dėl egalitarinių teorijų silpnybių žr. Harry G. Frankfurt, „Equality as a Moral Ideal," knygoje *The Importance of*

losofai kartais prieina prie išvadų, neatitinkančių jų visuomenės puoselėjamų moralinų vertybių; o dabartinės moralinės ir intelektinės įvairovės sąlygomis jos taip pat gali prieštarauti daugumos kitų filosofų išvadoms. Net jeigu egzistuoja įvairių moralinių filosofijų nesutarimų sprendimo mechanizmas, jis nėra žinomas teisėjams. Jo gali nežinoti netgi patys filosofai. Iš esmės mes tikriname savo teorijas savo intuicija, kuria mes tiesiog negalime netikėti. Šiandien Jungtinėse Valstijose žmonių moralinė intuicija yra labai įvairiarūšė ir tiek skirtinga, kad atskiros visuomenės dalys, atrodo, gyvena skirtinguose moralės pasauliuose. Teorijos, veiksmingos vienoje bendruomenėje, nepaveiks kitų, kokie nuostabūs bebūtų teoretikų argumentai.

Richardo Epsteino, dar vieno talentingo teisės profesoriaus (tik šį kartą konservatyvių pažiūrų), susižavėjusio paskirstomojo teisingumo problema, intelektinė Odisėja toliau pademonstruos šios problemos sunkumą bei neįtikimumą, taip pat ir negalimumą jos pagalba objektyviai paskirstyti teises ir pareigas. Savo ankstyvuose straipsniuose apie deliktus, kuriuos minėjau kalbėdamas apie pataisomąjį teisingumą, Epsteinas manė atradęs bendrinės, neteisinės kalbos kategorijose ir vartosenoje svarbų moralinių idėjų šaltinį. Viena iš idėjų buvo tokia: žmonės yra morališkai atsakingi už padarytą žalą, todėl jiems akivaizdžiai turi būti užkrauta ir teisinė atsakomybė; dėl šios priežasties objektyvi atsakomybė, išskyrus tam tikrus atvejus, turėtų tapti pagrindiniu deliktų teisės principu. Pasak Epsteino, neteisinga būtų traukti atsakomybėn asmenį, kuris pats kitam žalos nepadarė, bet tik nesugebėjo jam padėti – liudininką, mačiusį krentantį kitam ant galvos vazoną, tačiau jo neįspėjusio, arba patyrusį plaukiką, atsisakiusį išgelbėti jo akivaizdoje skęstantį asmenį.

Skirtumas tarp žalos padarymo ir pagalbos nesuteikimo, atitinkantis Kanto teorijoje daromą skirtumą tarp pagarbos kitiems ir rūpinimosi jais, arba radikalios ir feministinės jurisprudencijos daromą skirtumą tarp individualistinės ir komunitarinės pareigos sampratos, yra labai svarbus. Tačiau dėl daugelio priežasčių jo negalima pagrįsti bendrine kalba, neatsižvelgiant į tai, ar laikyti pastarąją sveiko proto, ar klaidingumo šaltiniu (ji yra ir tas, ir anas). Kaip buvo parodyta diskusijoje dėl konkurencijos pripažinimo deliktu galimybės, netiesa, kad bendrinė kalba sutapatina priežastingumą ir moralinę atsakomybę; sėkmingas konkurentas suardo savo varžovo planus ir galbūt sukelia jo (komercinę) baigtį, tačiau mes linkę laikyti patį varžovą (nukentėjusįjį) atsakingu už patirtus nuostolius. Ir nors galima atskirti kai kurias priežastines sąveikas, kur, atrodo, logiška laikyti asmenį, padariusį žalą, atsakingu, – pavyzdžiui, kuomet A sąmoningai smogia B ir neatsiprašo už tai – jos nesuteikia pagrindo apriboti teisinę atsakomybę tik šiais atvejais. Iš tikrųjų kuo siauriau yra apibrėžiamos priežastinės sąveikos, sukeliančios teisinę atsakomybę, tuo mažiau įtikinamai atrodo priežastingumas kaip būtinoji atsakomybės sąlyga. Tačiau mano pagrindinė mintis yra paprasta ir lo-

What We Care About: Philosophical Essays, p. 134 (1988); taip pat Johno W. Chapmano turiningą pastabą: „Lygybė ir solidarumas, būdingi priešistorinėms grupėms bei doroms šeimoms, nevirsta veiksminga socialine idėja, nors šis dvasinis paveldas gali labai padėti paaiškinti mums būdingą nepasitenkinimą šiuolaikine visuomene." „Justice, Freedom, and Property," *Nomos XXII: Property*, p. 289, 311 (red., J. Roland Pennock ir John W. Chapman, 1980).

giška: iš to, kad A, partrenkęs B turėtų atlyginti jam padarytą žalą, neseka, kad A turėtų būti atleidžiamas nuo atsakomybės, jeigu jis tiesiog nesuteikė B pagalbos.

Epsteinas sutinka, kad A, suteikęs B pagalbą, gali turėti teisę į savo turėtų išlaidų atlyginimą numanomos sutarties teorijos pagrindu, kadangi jeigu tik šalys turėtų galimybę iš anksto aptarti atvejį, sukėlusį pavojų B, pastarasis, be abejo, būtų sutikęs atlyginti A turėtas gelbėjimo išlaidas. (Prisimintinas šio pavyzdžio aprašymas 2 skyriuje.) Tačiau vos pripažinus numanomos sutarties teorijos taikymo galimybę, atveriamas kelias spėlionėms, kad A ir B (bei bet kas kitas) galėjo susitarti, jei tik derybos šiuo klausimu būtų buvusios įmanomos, įkurti savitarpio pagalbos organizaciją – valstybę – kurios kiekvienas narys būtų įpareigotas ateiti į pagalbą bet kuriam kitam nariui, esančiam pavojuje, rizikuodamas būti patrauktas deliktinėn atsakomybėn šios pareigos nevykdymo atveju, su sąlyga, kad pagalbą galima suteikti protinga kaina. Be to, kaip matėme nagrinėdami Colemano pataisomojo teisingumo teoriją, numanomos sutarties samprata gali būti panaudota objektyvios atsakomybės neteisingumui įrodyti.

Epsteinas greitai suvokė, kad jo mėginimas pertvarkyti deliktų teisę pagal objektyvios atsakomybės modelį, atmetant „gero samariečio" koncepciją, niekur nenuves, jeigu jis nepavers teisių apibrėžimo pirmuoju žingsniu tirdamas teisinę atsakomybę. A būtų atsakingas už B partrenkimą, nes B turėjo nuosavybės teisę į savo kūną. Tačiau A nebūtų traukiamas atsakomybėn už nesuteikimą pagalbos B, kadangi pastarasis neturėjo nuosavybės teisės į A darbą. Tačiau iš kur žinoti, kas ir kokias teises turi? Pripažinus egzistuojančią teisinę padėtį nebus sverto reformoms; pagal dabar galiojančią teisę B neturi nuosavybės teisės į savo kūną, nes jei tik A, partrenkęs B, nesielgė neatsargiai, B neturės reikalavimo teisės A atžvilgiu. Nusprendus atmesti dabartinę teisinę padėtį, reikės surasti pateisinamąją priežastį, bet ji neturi turėti nieko bendra su priežastingumu, kadangi priežastingumas ir atsakomybė nėra sinonimai. Yra ir kita problema: kodėl deliktinę atsakomybę visuomet būtina sieti su nuosavybės teise? Tarkime, prekybinės žvejybos įmonės patiria nuostolių dėl to, kad išsiliejusi nafta užteršia jų įprastą žvejybos plotą. Nukentėjusiųjų įmonių nuosavybės teisės nebuvo pažeistos, kadangi užteršti žvejybos plotai jiems nepriklausė, o nuosavybė laukiniams gyvūnams atsiranda tik juos sugavus. Šiuo pagrindu Epsteinas tvirtina, kad žvejybos įmonėms neturėtų būti suteikta teisė reikalauti nuostolių atlyginimo iš naftos perdirbimo įmonės, net jei nafta išsiliejo dėl pastarosios nerūpestingumo.[38] Tačiau žvejybos plotų sunaikinimu padaryta akivaizdi žala visai visuomenei, nors jos padarinius realiai patyrė tik prekybinės žvejybos įmonės; be to, žala nebuvo neišvengiama, pripažinus, kad naftos įmonė veikė nerūpestingai. Kodėl gi nesuteikus nukentėjusiems teisės į kompensaciją?

Epsteino „teisių apibrėžimo" teorijai, kaip ir jo ankstesnei „atsakomybės" teorijai, žūtbūt reikėjo įtikinamo pagrindimo ir kitame savo darbe jis mėgino jo ieškoti libertarinė-

[38] Žr. „Nuisance Law," 12-oji nuoroda, p. 51–52, kur kritikuojamas sprendimas byloje Union Oil Co. v. Oppen, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974).

se ar individualistinėse klasikinio liberalizmo idėjose, įkūnytose Johno Locke'o darbuose, vėliau utilitarizme, o visai neseniai – gamtos ir naudingumo kombinacijoje.[39]

Locke'o teorija, apibūdinta Epsteino, atrodo labai paprasta. Žmonės jungiasi į visuomenę siekdami apsaugoti savo gyvybes, laisvę ir nuosavybę – t.y. teises, jų turimas jau pirmykštėje bendruomenėje, iki visuomenės atsiradimo. Šios teisės – prigimtinės. Valdžia neturi teisės atimti jų iš vieno žmogaus ir perduoti kitam; dėl šios priežasties kiekvienam, praradusiam savo teisę dėl valdžios įsikišimo, priklauso kompensacija. Iš tikrųjų pagrindinė valdžios funkcija yra neleisti žmonėms pažeidinėti kitų žmonių teisių. Tačiau tai nevienintelė jos funkcija. Sandorių kaštai gali užkirsti kelią žmonėms disponuoti savo teisėmis abipusiškai naudingomis sąlygomis, tad iškilus šiai problemai valdžia galėtų teisingai įsikišti norėdama gauti tų pačių rezultatų, kokių būtų pasiekusi laisvoji rinka, jeigu būtų veiksmingai funkcionavusi. Tai tik kitoks visapusiško naudojimosi nuosavybės teisėmis užtikrinimo būdas.

Epsteino manymu, Konstitucijos 5-osios pataisos nuostata dėl teisingos kompensacijos teisiškai įkūnija Locke'o libertarinio teisingumo sampratą. Jei vyriausybė gali naudoti mokesčių sistemą turtams perskirstyti, tuomet, pasak Epsteino, tai ne kas kita kaip nuosavybės atėmimas iš A ir jos perdavimas B, neišmokant A jokios kompensacijos. Dėl šios priežasties Epsteinas apriboja teisėto valdžios reguliavimo sferą bei apmokestinimo ir išlaidų darymo valdingus įgaliojimus tik teisės pažeidimų prevencija, valstybės apsauga nuo išorinių priešų, sandorių kaštų mažinimu (numatant priverstinį sutarčių vykdymą teisminiu būdu)[40] ir šių veiksmų finansavimu gyventojų gautoms pajamoms proporcingais mokesčiais. Pasiturintys žmonės turi daugiau nuosavybės, kuriai reikia apsaugos, todėl teisinga, kad jie turėtų mokėti didesnius mokesčius, tačiau iš to seka proporcinė, o ne progresinė apmokestinimo sistema. Progresyvus apmokestinimas yra perskirstomojo, todėl ir konfiskacinio pobūdžio, kaip ir bet kuri socialinio aprūpinimo programa, kuri nesuteikia ją išlaikantiems mokesčių mokėtojams naudos, proporcingos jų sumokėtiems mokesčiams.

Kadangi Konstitucija buvo parengta ir priimta daug anksčiau negu atsirado pajamų mokesčiai ir brangiai kainuojančios socialinio aprūpinimo programos, galbūt išvada, kad jos rengėjai, uždrausdami (viena vienintele nuostata, vos įžvelgiama 5-ojoje pataisoje) konfiskaciją siaurąja – fizinio turto paėmimo, aktualaus tuo metu – prasme, jau prieš du amžius sudarė neįveikiamą kliūtį visuotinės gerovės valstybės sukūrimui, būtų per drąsi. Viena iš priežasčių tuo abejoti yra ta, kad mokesčiai ir rinklia-

[39] Žr. šiuos Epsteino darbus: „Possession at the Root of Title," 13 *Georgia Law Review*, p. 1221 (1979); *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985); „The Public Trust Doctrine," 7 *Cato Journal*, p. 411 (1987); „The Utilitarian Foundations of Natural Law," 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, p. 713 (1989); taip pat jo straipsnį „Proceedings of the Conference on Takings of Property and the Constitution," 41 *University of Miami Law Review*, p. 49 (1986).

[40] Iš tikrųjų visos valdžios funkcijos minimalistinėje, naktinio sargo vaidmenį atliekančioje valstybėje gali būti traktuojamos kaip sandorių kaštų įveikimo pastangos – net krašto apsauga, kadangi savanoriškoji krašto apsaugos sistema būtų neveiksminga.

vos, skirtingai nuo pavienių nuosavybės paėmimo atvejų (pvz., kieno nors žemės paėmimas karinei bazei įkurti), paliečia daugelio žmonių interesus ir todėl reikalauja tam tikros politinės kontrolės.[41] Taigi skirtumas nėra toks atsitiktinis, kaip mano Epsteinas, nors mokesčių ir rinkliavų oponentai ne visada sugeba suformuoti veiksmingas interesų grupes lobistinei veiklai prieš šių priemonių įvedimą.

Tačiau tinkamesnė Epsteino konstitucinės filosofijos kritika yra argumentas, kad riba tarp reguliavimo, leistino dėl jo efektyvumo (pvz., jis išsprendžia sandorių kaštų problemas ir pan. plačiai gindamas žmonių teises), bei grynai perskirstomojo pobūdžio, ir todėl draudžiamo, reguliavimo yra per daug neapibrėžta, kad pateisintų Epsteino sukuriamą jos pagrindu leidimų ir draudimų sistemą. Tarkime, kad iš pykčio ar pavydo vargšai laiko turtuolius savo skriaudikais. Ar galima nesutikti, kad turtuoliai skriaudžia vargšus? Tuomet perskirstymo priemonės būtų neblogas negatyvios išorės pataisymo metodas. Galima nelaikyti tai skriauda, dėl kurios reikėtų įsikišti valdžiai, tačiau, kad būtų pateisintas šis požiūris, reikia išeiti už Epsteino pateikiamo libertarinio Locke'o teorijos aiškinimo.

Libertarinė koncepcija taip pat nepateikia tinkamo atsakymo į argumentą, kad perskirstymas gali būti rentabilus kelio užkirtimo beturčių revoliucijai ar prievartai būdas – ir dėl to tikėtina, kad turtų savininkai patys jį pasirinks. Net jei vargšų pavydas ir nerimas neturi etinio svorio, tai žiauri realybė, kuri galiausiai gali prilyginti perskirstymą teisės normoms dėl būsto neliečiamybės, t.y. įtraukti jį į nuosavybės apsaugos įstatymų kategoriją. Jei tai tiesa, tuomet turtingi žmonės turėtų finansuoti perskirstymą, jei reikia, per progresyvius mokesčius, kadangi šie žmonės turi daugiausia nuosavybės, kuriai reikia apsaugos. Šiais racionaliais pagrindais priėmus perskirstymą į „naktinio sargo" valstybės arsenalą, pastaroji taptų neįtikėtinai panaši į šiuolaikinę visuotinės gerovės valstybę.

Kaip matyti, libertarinis požiūris yra korėtas; tačiau pašalinus šią problemą, jis galėtų būti apkaltintas antidemokratiškumu, kadangi smarkiai apriboja demokratinio valdymo mastą. Žmonės renkasi valdininkus, bet beveik niekada nesirenka valdymo strategijos; pastarąją nustato libertarinė teorija. Nenoriu atrodyti turįs miglotą supratimą apie demokratiją. Nors nė vienam, skaičiusiam Periklio „Laidotuvių kalbą" arba stebėjusiam paskutinius įvykius komunistiniame pasaulyje, nekils abejonė, kad demokratija yra vertybė, už kurią verta kovoti, ir nė vienas asmuo, studijuojantis istoriją, nebus linkęs nesutikti, kad demokratinis valdymas, nepaisant visų jo didžiulių trūkumų, yra pranašesnis už visas alternatyvas savo stabilumu ir glaudumu bei laisve ir gerove, tikslus laipsnis, kuriuo demokratijos principams leistina dominuoti tarp konkuruojančių politinių doktrinų, yra labai ginčytinas. Be to, Prūsijos ribotos valstybės idėja, kuri yra artimesnė libertariniam idealui negu šiuolaikinė demokratija, suponuoja žymų demokratijos principų ribojimą, todėl pragmatikas pareikalautų iš libertaro įrodyti rizikos, sukeliamos tokio apribojimo, priimtinumą.

[41] Žr. William A. Fischel ir Perry Shapiro, „Takings, Insurance, and Michelman: Comments on Economic Interpretations of „Just Compensation" Law," 17 *Journal of Legal Studies*, p. 269 (1988).

Fundamentalesnė, ar bent jau labiau „filosofiška" libertarinių pažiūrų kritika sutelkia dėmesį jų atskaitos taškui, „prigimties" sampratai. Pirmykštės bendruomenės sąlygomis žmonės turėjo nedaug gėrybių, tokių kaip gyvybė, laisvė ar nuosavybė, kurioms reikėjo apsaugos. Vidutinio amerikiečio ilgas gyvenimas, plačios laisvės ir dideli turtai nėra išimtinai jo sukurti, bet yra visos visuomenės – didžiulės gyvų ir jau mirusiųjų individų asociacijos – darbo bei patogios geografinės padėties (ploto, topografijos, išsidėstymo, gamtinių išteklių, klimato) rezultatas.[42] Jeigu įsivaizduotume du vienodai gabius ir sunkiai dirbančius žmones, tačiau vieną, gyvenantį turtingoje visuomenėje, o kitą – skurdžioje, nesunkiai atspėtume, kad pirmojo pajamos ir turimas turtas bus didesni negu antrojo, o tokio skirtumo priežastis bus kitų turtingos visuomenės narių, gyvų ir mirusių, pastangos bei geografinės padėties ypatumai. Atsižvelgiant į žmogaus prigimtį valdžios galių mokesčių ir išlaidų sferoje pasitelkimas, siekiant perskirstyti asmens gaunamų pajamų „socialinį" komponentą (jeigu jį galima taip pavadinti), neigiamai atsilieps tiek mokesčių mokėtojų, tiek pašalpų gavėjų paskatoms. Tačiau tai nebūtinai sukels visuomeninės sutarties nutraukimą. Apmokestintas asmuo bus daug geriau aprūpintas negu jis būtų buvęs pirmykštėje bendruomenėje. Galbūt jis gyventų daug geriau sistemos, kurioje nėra jokio perskirstymo, sąlygomis, tačiau jis negalėtų grįsti jos būtinumo „prigimtimi". Nepaisant to, valstybė būtų labai neteisi sumažindama jo gyvenimo lygį iki vidutinio Bangladešo gyventojo standarto ar netgi atsisakydama pripažinti jo našumo lygį, viršijantį vidutinio valstybės gyventojo našumą. Tačiau tokios išvados negalima daryti remiantis prigimtinių teisių koncepcijomis.

Šią mintį galima išsakyti ir kitaip, pasitelkiant Hegelio prielaidą, kad asmens teisių – ir pačios asmenybės – idėja yra socialinis konstruktas. Lygybė ir visiškas nepriklausomumas nėra žmogaus natūrali būklė; žmogus iš prigimties yra priklausomas nuo stipresnių. Ekonominė laisvė klasikine liberaliąja prasme yra viena iš prabangų, tapusių realybe visuomenės sąlygomis. Asmens „teisė" į nuosavybę nėra „prigimtinė". Jo turimi turtai yra verčiau socialinių sąveikų, negu vien jo paties gabumų ir pastangų rezultatas. Negana to, asmens įgūdžiai, bent iš dalies, taip pat gali būti visuomenės produktas. Amerikos darbininkai gauna didesnius atlyginimus negu darbininkai Pietų Korėjoje, bet ar tai reiškia, kad pirmieji yra geresni darbininkai, ar geresni žmonės?

Šios kritinės pastabos bei daugelis kitų (kaip, pvz., klausimas, kodėl pirmykštės bendruomenės sąlygos, kokios jos bebūtų, turėtų lemti teises, suteikiamas visuomenėje) rodo, kad libertarizmas negali būti teisės filosofijos pagrindas, bet turi būti kildinamas iš kažkokio kitokio principo. Užuot pamėginęs nustatyti jo tikrąją kilmę – užduotis, kuri tikriausiai yra neįvykdoma – Epsteinas, atsikirsdamas į kritines pastabas dėl jo knygoje apie nuostatą dėl teisingos kompensacijos iškeltų libertarinių prielaidų „nepagrįstumo", pasirinko utilitarizmą kaip pamatinį jo libertarinės teisės sampratos principą.[43] Taisyklės, sudarančios minimalistinės valstybės pagrindą, šiuo atžvilgiu sudaro būtiną ir galbūt pakankamą utilitarizmo valdymui struktūrą. Tačiau uti-

[42] Žr., pvz., Russell Hardin, Morality within the Limits of Reason, p. 131–132 (1988) bei ten pateiktas nuorodas.

litarizmo ir libertarizmo sąjunga yra nestabili, nes santykis tarp utilitarizmo – principo, kad žmonių ir visuomenės tikslas – maksimalus žmogaus laimės didinimas (kai kada žodis „žmogaus" praleidžiamas) – ir individualizmo yra be galo dviprasmiškas. Viena vertus, idėjoje, kuri yra aukščiausios laimės principo pagrindas, kad kiekvieno asmens poreikiai yra tokie pat vertingi, kaip ir kitų (Benthamo žodžiais tariant, smeigtukas yra toks pat naudingas, kaip ir poezija), utilitarizmas įgyja individualistinį pobūdį; jis leidžia kiekvienam pasirinkti savo gėrio sampratą. Be to, žvelgiant į visuomenę kaip į vieną asmenį, kurio laimę norima maksimaliai padidinti – nes vieno asmens kančia iš principo gali neutralizuoti kito laimę, kas parodo, jog visuma yra svarbesnė už pavienius komponentus – utilitarizmas yra radikaliai kolektyvinis. Tuo jis panašus į daugybę kitų abejotinų „izmų" – nacionalizmą, rasizmą, statizmą, komunizmą – kurie laiko individą didesnio organizmo ląstele. Epsteino įsitikinimu, būtent naktinio sargo valstybėje, už kurią pasisako libertarinė politinė filosofija, gali būti sudarytos būtinos ir tinkamos sąlygos maksimaliai padidinti didžiausio asmenų skaičiaus laimę.[44] Tačiau tai priklausys nuo daugybės atsitiktinių veiksnių, tokių kaip preferencija, antipatija, rinkos kaina ir pan., bet mes vis tiek liksime plaukioti padange, jeigu grįsime libertarizmą filosofija, kurios prielaidos yra iš esmės priešingos libertarizmo idealams, ir kuri visais atvejais sulauks rimtos kritikos. 12 skyriuje bus aptariama galimybė nusikratyti visų pamatų ir apginti libertarinį režimą pragmatiniais pagrindais.

Dar vėlesniame savo darbe, „The Utilitarian Foundations of Natural Law", Epsteinas mėgina susieti utilitarizmą su prigimtinių teisių teorija sociologijos pagalba. Jis teigia, kad, atsižvelgiant į žmogaus prigimtį (stipriai savanaudiška ir silpnai altruistinė), visuomenės organizavimas *laissez-faire* principo pagrindu iš esmės yra tinkamiausias bendrai gerovei stiprinti.[45] Visai galimas dalykas, tačiau ši problema, antra vertus, liečia optimalią utilitarinę santvarką, o ne etinę utilitarizmo reikšmę. Epsteinui geriausiu atveju pavyksta nustatyti atsitiktinį asmens teisių ir socialinio teisingumo sąryšį.

Mėginimas kildinti teisę iš biologijos turi permainingą praeitį,[46] tačiau, nepaisant visko, Epsteinas gali būti teisus, kaip jau buvo sakyta nagrinėjant teises ir atpildą.

[43] Žr. „A Last Word on Eminent Domain," 41 *University of Miami Law Review*, p. 253, 256–258 (1986); „The Utilitarian Foundations of Natural Law" (39-oji nuoroda).

[44] Kai kurie utilitaristai, žinoma, nesutinka su tuo. Žr., pvz., Hardin, 42-oji nuoroda, 3–4 sk. „Išgąsdinti jų pačių keistų argumentų, dauguma filosofų utilitaristų klastoja laimės apskaičiavimus taip, kad jie duoda rezultatus, artimesnius visų mūsų lūkesčiams." Walzer, 34-oji nuoroda, p. 7.

[45] Žr. 39-ąją nuorodą. Tapatindamas nesikišimo principą su prigimtine teise, Epsteinas primena XIX a. Aukščiausiojo Teismo teisėją Stepheną Fieldą. Žr., pvz., Butchers' Union Slaughter-house v. Crescent City Livestock Landing, 111 U.S. 746, 756–758 (1884) ; C. M. A. McCauliff, „Constitutional Jurisprudence of History and Natural Law: Complementary or Rival Modes of Discourse?" 24 *California Western Law Review*, p. 287, 303–311 (1988).

[46] Kaip pavyzdys gali būti moterų teisinė padėtis Anglijoje ir Amerikoje iki 20 a. Kaip rašė Nicholas St. Johnas Greenas vienoje savo garsiausių apybraižų šiuo klausimu, „Married Women", veikale *Essays and Notes on the Law of Tort and Crime* (18-oji nuoroda), p. 31 (pirmas leidimas, 1871), „įstatymas dėl moterų teisinės padėties", kurį Greenas pavadino „paskutiniais vergovės pėdsakais" (id., p. 48), buvo grindžiamas „prigimtiniais" lyčių skirtumais.

Daugelis mūsų moralinių sąvokų iš tikrųjų yra įgimtų jausmų, leidusių mūsų tolimiems protėviams išgyventi ir suklestėti kaip socialinėms būtybėms, apibendrinimas ar racionalizavimas. Pagrindinė „priežastis", kodėl „filosofinė" idėja, jog robotai ir kalbančios beždžionės gali turėti daugiau teisių už naujagimius ar smarkiai protiškai atsilikusius vaikus, atrodo svetima ir bjauri, tiesiog gali būti tai, kad genai verčia mus atskirti mūsų giminę nuo kitos, ir kad šiame pavyzdyje atskirtas racionalus mąstymas nenugalės mūsų biologijoje įsišaknijusių jausmų. Tačiau, žvelgiant į moralinę filosofiją kaip į teisingo elgesio vadovą, ji verčiau yra mūsų jausmų atranka nei tiesiog nekritiškas jų garbinimas: atranka moralinio pasipiktinimo, bet ne genocido ir pavydo naudai. Pati gamta negali būti atrankos kriterijus.

Ką moralinė filosofija turi pasiūlyti teisei?

Jau turėtų būti aišku, kad abejoju, jog moralinė filosofija turi didelę reikšmę teisei, tiek padedant atsakyti į specifinius teisinius klausimus, tiek bendrąja prasme. Pirminis moralinės filosofijos vaidmuo teisėje yra gana svarbus. Ji padeda pastebėti ambicingų socialinių teorijų, galinčių būti teisinių prievolių sukūrimo, patvirtinimo ar panaikinimo pagrindais, silpnybes ir taip sustiprina šios knygos leitmotyvu esantį skepticizmą. Tačiau vos susidūrusi su specifiniais teisiniais klausimais ji mus apvilia.[47] Reikalas tas, kad moralinė filosofija dažniausiai yra metadiskursas. Ji ne tiek atsako į klausimą, kaip nugyventi dorą gyvenimą, kiek aiškinasi, ar tokio pobūdžio klausimai iš viso turi atsakymus, bei kuo etikos klausimai skiriasi nuo mokslo. Kai moralės filosofas suka galvą, spręsdamas specifinius etikos klausimus, arba kai teisininkas kreipiasi į moralės filosofą padėti išspręsti sudėtingus teisinius klausimus, tampa akivaizdu, kad moralinė filosofija nežino moralinių dilemų, darančių sudėtingus daugybę teisės klausimų, sprendimų.

Moralinės filosofijos nesėkmės praktiniu lygmeniu priežastis yra dvejopa. Pirmiausia žinios galiausiai patikrinamos intuicija, o moralinė intuicija linkusi būti vienu metu labiau užsispyrusi ir labiau nukrypstanti į šoną, negu intuicija dėl fizinio pasaulio. Kai kurie moralistai, tokie kaip Ackermanas, dirba nuo viršaus į apačią, pradėdami nuo pirminio principo, iš kurio vėliau mėgina gauti atsakymus į specifinius moralės klausimus. Tačiau kai išvados – pavyzdžiui, kad kalbanti beždžionė ar šachmatų kompiuteris turėtų turėti daugiau teisių negu protiškai atsilikęs vaikas – kertasi su mūsų intuicija, mes greičiau atmetame principą negu persvarstome pačią intuiciją. Kiti moralistai dirba nuo apačios į viršų. Kiekvienas toks moralistas remiasi savo intuicija, absoliutais ar „silpnybėmis", ir kai, kaip dažnai atsitinka, šie skirtingų moralistų atramos taškai labai skiriasi, jokie argumentai čia negelbsti. Antra, moralinių dilemų sprendimas reikalauja gilintis į kiekvienos tokios dilemos smulkmenas, o filosofams trūks-

[47] Tai pastebėjo ne vienas garsus filosofas. Žr. Gilbert Harman, *The Nature of Morality: An Introduction to Ethics*, p. viii–ix (1977); Bernard Williams, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973–1980*, p. ix–x (1981).

ta laiko ar kvalifikacijos gilintis, pavyzdžiui, į mirties bausmės, vergijos, genocido, abortų bei kitas etikos problemas.

Praktikoje matėme daug moralinės filosofijos nesėkmių pavyzdžių, įskaitant Dworkino mėginimą pateikti pozityviosios diskriminacijos, priimant studijuoti į teisės fakultetą, moralinį pagrindimą, Ackermano – pateisinti abortus ir gėrių perskirstymą bei Epsteino – apginti bendrosios teisės atsisakymą reikalavimo žmonėms elgtis, kaip elgiasi dori samariečiai. Dworkino nesėkmė yra labiausiai akivaizdi. Jis niekada nesvarstė, kokios galėtų būti pozityviosios diskriminacijos, priimant į teisės fakultetą, pasekmės. Jeigu prestižinis teisės universitetas, priimdamas studentus, teiks pirmenybę juodaodžiams, aukščiausias to rezultatas toks: juodaodis, užuot įstojęs į žemesnio lygio teisės universitetą, studijuos prestižiniame, o baltaodis, užuot studijavęs prestižiniame universitete, užims juodaodžio vietą žemesnio lygio aukštojoje mokykloje. Jeigu aukštosios mokyklos, esančios neoficialios hierarchijos apačioje, teiks juodaodžiams pirmenybę, bendras juodaodžių studentų skaičius padidės. Taigi juodaodžių nauda yra tikriausiai kukli, ypač turint omenyje tai, kad daugelis baltaodžių piktinasi pozityviąja diskriminacija, o pati pozityvioji diskriminacija verčia gėdytis privilegijuotų mažumų narius.[48] Nors gali būti teigiama, kad gabiausių juodaodžių priėmimas į elitinius teisės universitetus padės išauklėti atsakingesnius juodaodžių rasės lyderius bei nukreipti juodaodžio jaunimo siekius visuomenei naudinga vaga. Visa tai yra klausimai, tiesiogiai labiau susiję su pozityviosios diskriminacijos atitinkamais atgarsiais teisėje, negu su hipotezėmis dėl to, ką abstrakčiai reiškia vienoda pagarba ir rūpinimasis visais žmonėmis be išimties.

Papildomas moralinės filosofijos, pritaikytos specifiniams klausimams spręsti, neapibrėžtumo įrodymas yra garsus Judith Jarvis Thomson straipsnis apie abortus.[49] Gindama teisę į abortą ji siūlo – tai yra straipsnio esmė – analogiją su asmeniu, kurį visuomenė priverčia praleisti devynis mėnesius lovoje sujungtą vamzdeliais su visai svetimu žmogumi, garsiu smuikininku, sergančiu mirtina inkstų liga. Thomson teisingai nurodo, kad tokios pareigos uždėjimas būtų amoralus, kokia neatidėliotina bebūtų pagalbos būtinybė bei sergančio asmens nuopelnai. Ji daro išvadą, kad lygiai toks pat įžeidžiantis yra nėščią moterį versti išnešioti vaisių iki galo.

Tai, ką ji siūlo, nėra argumentas, bet metafora, skirta pakeisti mūsų turimą supratimą apie abortus – priversti mus naujai pažvelgti į problemą. Tai veiksmingas įtikinėjimo būdas, tačiau jis neturi nieko bendra su moralinės filosofijos dalykais, kaip

[48] Cf. Stephen L. Carter, „Loving the Messenger," 1 Yale Journal of Law & Humanities, p. 317, 331–334 (1989).

[49] „A Defence of Abortion," 1 Philosophy and Public Affairs, p. 47 (1971), perspausdinta kartu su daugeliu kitų jos darbų jurisprudencijos tema knygoje *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory* (red. William Parent, 1986). Straipsnis sulaukė nemažai atsiliepimų filosofijos literatūroje abortų tema. Žr., pvz., Michael Davis, „Foetuses, Famous Violonists, and the Right to Continued Aid," 33 *Philosophical Quarterly*, p. 259 (1983); Davis, „Strasser on Dependence, Reliance, and Need," 36 *Philosophical Quarterly*, p. 384 (1986). Jos argumentai plėtojami Donaldo H. Regano straipsnyje „Rewriting *Roe v. Wade*," 77 *Michigan Law Review*, p. 1569 (1979).

gali pasirodyti iš pirmo žvilgsnio. Ji galėjo taip pat sėkmingai parašyti trumpą apsakymą šia tema. Be to, „apsakymas" tik blankiai nušviečia abortų problemą. Thomson teisi sakydama, kad žmonės nėra verčiami aukoti savo inkstus svetimiems žmonėms ir net šeimos nariams. Tačiau skirtingai nuo potencialaus donoro, kuris nėra atsakingas už sergančiojo kančias, kurias jo prašo palengvinti, moteris (išskyrus kai ji buvo išžaginta) atsako, nors ir iš dalies, už savo nėštumo faktą. Įrodinėjimo sunkumo skirtumas tarp klausimų, kas partrenkė X, ir kas nesuteikė jam būtinos pagalbos, yra rimtas praktinis argumentas prieš atsakomybę už nesugebėjimą elgtis kaip doras samarietis. Taigi, nors iš įvykio liudininkų nėra reikalaujama gelbėti nukentėjusįjį iš bėdos, tačiau iš asmens, sukėlusio pavojų, nors ir veikiant pakankamai atsargiai, gali būti pareikalauta imtis pagalbos priemonių[50] ir galbūt būtent tai yra tinkama analogija su nėščia moterimi, kuri ketina nutraukti nėštumą.

Be to, kadangi deliktų teisė gali reikalauti iš asmens, pradėjusio gelbėjimą, nors teisiškai neįpareigoto to daryti, užbaigti jį iki galo imantis visų reikiamų atsargumo priemonių,[51] abortą galima prilyginti situacijai, kurioje asmuo, sutikęs paaukoti savo inkstą, persigalvoja jau gulėdamas ant operacinio stalo, bet, leidus jam šioje stadijoje pasišalinti, inksto gavėjas mirtų. Žinoma, moteris, sutikusi lytiškai santykiauti, negali būti laikoma sutikusia pastoti. Tačiau šiuo atveju reikėtų paklausti, ar ji ėmėsi visų tinkamų priemonių nėštumo rizikai sumažinti – kitaip tariant, ar ji veikė nerūpestingai leisdamasi pastoti; asmuo, neteisėtai sukėlęs kitam pavojų, yra aiškiai įpareigotas suteikti pastarajam pagalbą. Klausimas, likęs nepaliestas diskusijoje apie abortus, yra paleistuvavimo problema (atsitiktiniai ar nesantuokiniai lytiniai santykiai), nors ji yra dviprasmiška. Tiek, kiek nepageidaujamas nėštumas yra atsitiktinių lytinių santykių šalutinis produktas, nėščia moteris neturės tvirto moralinio pagrindo atsisakyti atsakomybės už vaisių; bent jau bendrosios teisės analogijos veikia prieš ją. Tačiau paleistuvės vaiko perspektyvos užaugti naudingam ir atsakingam visuomenės nariui yra nedidelės ir tai susilpnina argumentus embriono išsaugojimo naudai. Koks beširdiškumas! Galbūt vertėtų panagrinėti socialinius sunkumus, privertusius moterį paleistuvauti, bei vyro atsakomybę už partnerės pastojimą.

Visa tai – didelė painiava, tačiau bent jau turėtų būti aišku, kad aš nekritikuoju Thomson metodo. Visuomenėje, tokioje kaip mūsų, kurioje egsistuoja be galo didelė moralių įvairovė, neįmanoma rasti racionalaus moralinės abortų problemos sprendimo metodo,[52] todėl literatūtinė metodika galėtų būti geriausias būdas pajudėti iš mirties taško. Tačiau ji nesuteikia tvirto pamato teismų praktikai. Ypač dėl to, kad, nors

[50] Žr., pvz., Montgomery v. National Convoy & Trucking Co., 186 S.C. 167, 195 S.E. 247 (1938); Zylka v. Leikvoll, 274 Minn. 435, 144 N.W. 2d 358 (1966); Scatena v. Pittsburgh & New England Trucking, 2 Mass. App. 683, 319 N.E. 2d 730 (1974); South v. National Railroad Passenger Corp., 290 N.W. 2d 819 (N. Dak. 1980); Maldonado v. Southern Pacific Transportation Co., 129 Ariz. 165, 629 P. 2d 1001 (Ariz. App. 1981).

[51] Žr., pvz., Farwell v. Keaton, 396 Mich. 281, 240 N.W. 2d 217 (1976).

[52] Kaip įtikinamai tvirtina Alasdairas MacIntyre'as knygoje *After Virtue: A Study in Moral Theory*, p. 6–11 (2 leidimas, 1984).

teisinis ir moralinis mąstymas vyksta lygiagrečiai, teisiniai klausimai implikuoja protingą svarstymą, kuriam grynas moralistas gali nejausti įpareigojimo: pavyzdžiui, abortų problemos kontekste kyla klausimai, ar problemą reikia spręsti nacionaliniu (*Roe v. Wade* bylos poveikis), ar vietiniu mastu, ar įstatymų, draudžiančių abortus, įgyvendinimo kaštai yra pakenčiami, ar teisėjai, aiškinantys Konstituciją, turėtų stoti opių moralės klausimų pusėn, ar moterų gyvenimo sąlygų pokyčiai pakreipia išlaidų ir gautos naudos analizę abortų naudai (dirbančios moterys linkusios tekėti ir gimdyti vaikus vėliau, o vaikų invalidų – pirmųjų kandidatų abortams – gimimo tikimybė didėja proporcingai nėštumo laikui),[53] kiek abortų draudimas padidins skurdą, ypač nepilnamečių juodaodžių, bei sukels pavojų moterų sveikatai, ar sprendimo *Roe v. Wade* byloje panaikinimas būtų politiškai ir socialiai destabilizuojantis veiksmas, ar bent jau sukeltų visuomenės sąmyšį?

Kritikuodamas pastangas kildindi teisėtas teises iš moralinių principų tokioje įvairiarūšių moralinių pažiūrų visuomenėje kaip mūsų, aš, tikiuosi, nesukelsiu perdėtų faktų ir vertybių skirtumų įspūdžio. Jei mūsų žinios būtų pakankamos, daugybė mūsų moralinių dilemų išnyktų. Jeigu mes žinotume, kad Dievas iš tikrųjų egzistuoja ir smerkia abortus, diskusija šiuo klausimu būtų baigta. Galbūt žinojimas, kad abortų skaičius nepriklauso nuo jų uždraudimo ar legalizavimo, irgi taptų paskutiniu argumentu šioje diskusijoje; bent jau ji taptų mažiau įtempta. Ginčą dėl pornografijos būtų galima nutraukti, jeigu būtų žinoma tikroji pornografijos daroma įtaka. Absoliuti empirinė „sauso įstatymo" ir fašizmo – dviejų aistringų mūsų amžiaus „moralinių" kampanijų – nesėkmė galbūt yra svarbiausioji debatų dėl jų moralumo saulėlydžio priežastis; tas pats likimas ir dėl tos pačios priežasties gali ištikti ir komunizmą. Įnirtingiausiai moralinis ginčas vyksta dėl tikrų faktų nežinojimo; žmonės remiasi intuicija, įsišaknijusia individualioje psichologijoje ir auklėjime, bei asmenine patirtimi, kai jiems trūksta objektyvių žinių. Bet tai – menka paguoda teisei, atsižvelgiant į jos silpną faktų supratimą ir jos priešinimąsi mokslo etosui.

Aš taip pat nesu ekstremalaus skepticizmo, skelbiančio, kad jokia išvada dėl būtinumo negali būti kildinama iš esamos tikrovės prielaidos, – šalininkas. Jei laikrodis neveikia, jį reikia pataisyti. Šiame pavyzdyje būtinybė – „reikia" – kyla iš dviejų faktų: kad laikrodis yra sugedęs, ir kad laikrodžio funkcija yra laiko rodymas.[54] Moralinio diskurso problema ta, kad antrasis „yra" dažnai būna labai ginčytinas. Nors ne visada: turbūt niekas neprieštaraus, kad policininkas neturi snausti poste. Tačiau sudėtinguose teisiniuose klausimuose, kaip antai, ar reikia uždrausti abortus bei (tai gali būti analogiškas atvejis, bet gali ir nebūti) ar turi įvykio liudininkai gelbėti nukentėjusįjį iš bėdos, prielaidos, atitinkančios teiginius, kad laikrodis yra skirtas laikui rodyti, o policininkas neturi snausti budėdamas, yra ginčytinos. Thomson mano, kad

[53] Žinoma, medicinos technologijų vystymasis suteikia galimybę išsaugoti gyvybę vis didesniam skaičiui nevisaverčių vaikų, tačiau tai reikalauja didelių išlaidų, dažniausiai dengiamų iš mokesčių mokėtojų lėšų.

[54] Iš tikrųjų čia daug užslėptų prielaidų – laikrodžio reikalingumas, taisymo kaina ir t.t. Būtent tokių prielaidų daugybė moraliniame ir teisiniame diskurse smarkiai sumažina jų dedukcinės logikos naudingumą.

mūsų teisė daryti ką panorėjus su savo kūnu yra intuityvi; vienas jos idėjų kritikas Johnas Finnisas turi kitą intuiciją: „Laikant savižudybę visiškai sąmoningu pasirinkimu (kas, be abejo, atsitinka tik labai retai), ji yra visais atvejais klaidingo poelgio pavyzdys.[55] Komentuodamas šį nepašalinamą atotrūkį tarp Thomson ir Finniso, R. M. Hare'as teigia, kad žmonės, įskaitant filosofus, negali „ginčytis dėl abortų neišsprendę fundamentalių moralinės filosofijos problemų."[56] Be jokios abejonės, tiek Thomson, tiek Finnisas jau apsisprendė dėl šių problemų. Politinės ir moralinės filosofijos metodai nėra tiek stiprūs, kad išspręstų moralinių ginčų, dėl kurių žmonės yra ryžtingai nusiteikę, bei, juos išsprendus, suteikti tvirtą pagrindą teismų praktikai. Iš tikrųjų, nors teisinio argumentavimo metodai yra gana silpni, jie nėra silpnesni už moralinio argumentavimo metodus.

[55] „The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson," 2 *Philosophy and Public Affairs*, p. 117, 129 (1973).

[56] „Abortion and the Golden Rule," 4 *Philosophy and Public Affairs*, p. 201, 222 (1975).

12 SKYRIUS

Ekonominis požiūris į teisę

Pretenzingiausios ir, ko gero, rezultatyviausios pastarųjų metų pastangos sukurti visa apimančią teisingumo koncepciją, kuri ne tik paaiškintų, bet ir objektyviai pagrįstų teismų sprendimų priėmimo procesą, buvo dedamos mokslininkų, dirbančių tarpšakinėje teisės ekonominės analizės srityje, paprastai vadinamoje „teisė ir ekonomika".[1] Pirmiausia aš apibūdinsiu šių pastangų ambicingiausią versiją, o vėliau ataušinsiu ją filosofijos pagalba ir pažiūrėsiu, kas iš jos liks.

Požiūrio esmė

Pagrindinė toliau pateikiamos teisės ekonominės analizės versijos prielaida yra ta, kad žmonės linkę racionaliai didinti savo gaunamą pasitenkinimą – visi žmonės (išskyrus mažamečius vaikus ir protiškai atsilikusius) visose savo veiklos srityse (išskyrus, kai jie veikia paveikti psichozės dėl narkotikų ar alkoholio vartojimo), kuriose egzistuoja pasirinkimo galimybė. Kadangi šis apibrėžimas apima labai platų pasirinkimų spektrą: nusikaltėlio apsisprendimą dėl naujo nusikaltimo padarymo ar susilaikymo, ginčo šalies pasirinkimą išspręsti jį taikiai ar perduoti teismui, įstatymų leidėjo galimybę balsuoti už ar prieš svarstomą įstatymą, teisėjo abejones dėl sprendimo priėmimo vienos ar kitos šalies naudai, sutarties šalies sprendimą dėl sutarties vykdymo ar pažeidimo, vairuotojo parinkimą tinkamo greičio bei pėsčiojo sumanymą pereiti gatvę nenustatytoje vietoje, taip pat kasdienių ekonominių santykių dalyvių – verslininkų ir vartotojų – elgesį, nesunku suvokti, kad didžioji dauguma veiklos rūšių, tiek įsakmiai reguliuojamų teisės, tiek dėl vienų ar kitų priežasčių patenkančių į teisės sistemos veikimo sferą, pasiduoda ekonominei analizei. Turėtų būti visiškai aišku, kad asmuo siekia tiek nepiniginės, tiek piniginės naudos padidėjimo (iš tikrųjų pinigai dau-

[1] Esti daug įvairios literatūros šia tema. Žr., pvz., *The Economic Approach to Law* (red. Paul Burrows ir Cento G. Veljanovski, 1981); Robert Cooter ir Thomas Ulen, *Law and Economics* (1988); Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 4–5 sk. (1987); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2 leidimas, 1989); Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); „Symposium: The Place of Economics in Legal Education," 33 *Journal of Legal Education*, p. 183 (1983); bei mano knygą *Economic Analysis of Law* (3 leidimas, 1986).

gumai žmonių yra ne tikslas, o tik jo siekimo priemonė), ir kad priimami sprendimai nebūtinai turi būti gerai apgalvoti tam, kad būtų protingi – iš tikrųjų jie net neturi būti sąmoningi. Verta prisiminti, kad „protingas" verčiau reiškia naudojamų priemonių derinimą prie siekiamų tikslų, o ne problemos apmąstymą, ir kad didelė dalis mūsų turimų žinių yra numanoma.

Kadangi mus labiausiai domina teisės doktrinos ir institutai, geriausia būtų pradėti nuo įstatymų leidybos (įskaitant Konstituciją) lygmens. Padarykime prielaidą, kad įstatymų leidėjai, lygiai kaip ir visi kiti, siekia padidinti savo gaunamą naudą. Tuomet nė vienas jų poelgis nėra grindžiamas grynuoju viešuoju interesu. Jie siekia laimėti rinkimus, o vėliau būti perrinkti kitai kadencijai, todėl jiems reikia pinigų sėkmingos rinkimų kampanijos finansavimui. Labiau tikėtina, kad jie gaus šiuos pinigus iš gerai organizuotų grupių negu iš pavienių asmenų. Protingas individas supranta, kad jo kuklus įnašas vargiai ką nors pakeis; dėl šios priežasties, taip pat ir dėl to, kad rinkėjai daugiausia balsuoja už kandidatus, o ne už politiką, dėl ko susilpnėja ryšys tarp rinkėjo valios pareiškimo ir jo geidžiamos politikos įgyvendinimo, protingas individas greičiausiai neeikvos savo laiko ir energijos spręsdamas, kam atiduoti savo balsą. Tik gerai organizuota asmenų (ar įmonių, ar kitokių susivienijimų – nors tai tik individų saviraiškos formos) grupė sugebės įveikti informacines ir dykaduoniavimo problemas, lydinčias kolektyvinius veiksmus.[2] Tačiau tokios grupės organizacija ir veikla nebus efektyvi, kol jos nariai aiškiai nematys tam tikros politikos potencialaus naudingumo ar žalingumo, kaip, pavyzdžiui, tabako augintojai, kuriems yra labai naudingos federalinės subsidijos jų veiklai ir labai žalingas tokių subsidijų nutraukimas. Paplitusi interesų grupių veikimo taktika yra savo narių balsų ir teikiamos finansinės paramos kandidatams iškeitimas į jiems palankios įstatymų leidybos įgyvendinimo pažadą. Praktikoje tokių pažadų tesėjimas pasireiškia įstatymų, įteisinančių turtų perdavimą iš neorganizuotų mokesčių mokėtojų (pvz., vartotojų) į tam tikros interesų grupės rankas, priėmimu. Jeigu toks perdavimas pažeistų kitos interesų grupės teises, atitinkamo įstatymo priėmimui būtų užkirstas kelias. Tuo tarpu neorganizuoti žmonės vargu ar suformuotų veiksmingą opoziciją, todėl paprastai būtent jų turtas patenka į interesų grupių rankas.

Šia prasme įstatymas yra sandoris (prisiminkite įstatymų leidybos kaip „sandorio" teoriją, aptartą 9 skyriuje). Tačiau dėl sandorių kaštų didelėje įstatymų leidžiamojoje institucijoje bei dėl efektyvaus komunikavimo laike stokos įstatymai tampa visaverčiais ne nuo pat jų priėmimo, bet paskesnio jų aiškinimo ir taikymo, t.y. teismų darbo dėka. Teismai veikia kaip įstatymų leidėjo įgaliotiniai. Bet tam, kad būtų suteiktas įstatymų leidėjo sandoriams su interesų grupėmis patikimumas ir ilgaamžiškumas, teismai turi sugebėti pasipriešinti dabartiniams įstatymų leidėjams, norintiems atšaukti

[2] Dykaduonis yra žmogus, gaunantis naudą, neįdėjęs pastangų jai sukurti. Pavyzdžiui, net jei A ir B abu pritaria įstatymo X priėmimui, kiekvienas iš jų norės, kad kitas, o ne jis pats, reikiamai prisidėtų prie X priėmimo, kadangi gauta iš X nauda nepriklausys nuo indėlio. 11 skyriuje buvo pateiktas dykaduoniavimo problemos, su kuria susidurtų privačiai užtikrinama krašto apsauga, pavyzdys.

savo pirmtakų sudarytus sandorius, tačiau negalintiems to padaryti dėl didelių naujų įstatymų priėmimo ar senų keitimo kaštų, ir todėl galintiems kreiptis pagalbos į teismus dėl nusistovėjusio įstatymų aiškinimo „panaikinimo". Įstatymų leidybos kliūtys iš tikrųjų labiau palengvina, negu stabdo sandorių sudarymą, suteikdamos interesų grupėms tam tikras garantijas, kad jų sudarytas su įstatymų leidėju sandoris nebus greitai nutrauktas panaikinus įstatymą.

Teismų nepriklausomumas paverčia teisėjus nevisateisiais įstatymų leidėjų atstovais. Tai pakenčiama ne tik dėl ką tik paminėtos priežasties, taip pat dėl to, kad nepriklausomi teismai yra būtini kasdienių ginčų sprendimui tokiu būdu, kuris skatintų prekybą, turizmą, veiksmų laisvę ir kitą aukštai vertinamą veiklą bei minimizuotų išteklių švaistymą mėginant daryti įtaką valdžios politikai. Galbūt patys įstatymų leidėjai neturės didelės naudos iš šių plačiai paplitusių teisėtumo vertybių. Tačiau jeigu visuminė nauda iš tam tikros socialinės politikos yra labai didelė ir nė viena interesų grupė nuo to nenukenčia, įstatymų leidėjams gali atsirasti suinteresuotumas palaikyti šią politiką. Bendriausia prasme rinkėjai supranta krašto apsaugos, nusikaltimų kontrolės, ginčų sprendimo ir kitų naktinio sargo valstybės atributų naudą, todėl jie nebalsuos už kandidatus, kurie atsisako užtikrinti šias pagrindines viešąsias paslaugas. Tik užtikrinus šių paslaugų teikimą bei (paprastai vėliau) išplėtojus veiksmingas mokestines ir perskirstymo priemones, siaurų interesų grupių formavimasis bei įtakos perėmimas iš neorganizuotų grupių taps įmanomas.

Taigi teismai vaidina dvigubą vaidmenį: įstatymuose įkūnytų sandorių su interesų grupėmis aiškinimas bei viešosios autoritetingo ginčų sprendimo funkcijos vykdymas. Pastarąją funkciją jie vykdo ne tik spręsdami bylas pirminių normų pagrindu, taip pat, ypač anglų ir amerikiečių teisės sistemoje, plėtodami šias normas. Jie suformavo bendrąją teisę iš papročių, iš idėjų, paimtų iš įstatymų ir kitų teisės sistemų (pvz., romėnų teisės) bei iš jų pačių turimos viešosios tvarkos sampratos. Jų sukurta teisė, anot čia dėstomos ekonominės teorijos, pasižymi nepaprastu (nors ir nevisišku – prisiminkite pasisavinimo taisyklės išplėtimą naftai ir dujoms) nuoseklumu. Teisėjai tarsi nori kurti taisykles, procedūras ir spręsti bylas taip, kad maksimaliai padidintų visuomenės gerovę.

Reikėtų apibrėžti sąvoką „gerovės maksimizavimas", nes ji dažnai klaidingai suprantama. Žodis „gerovė" čia reiškia materialių ir nematerialių vertybių ir paslaugų visumą, apibūdinamą dviejų rūšių kainomis: siūlomomis (kurias žmonės linkę mokėti už gėrybes, kurių jie dar neturi) ir prašomomis (kurių žmonės reikalauja norėdami parduoti jų turimas gėrybes). Jei A yra pasirengęs sumokėti B 100 JAV dolerių už pastarojo turimą pašto ženklų kolekciją, reiškia A ją tiek įvertina. Savo ruožtu, jei B yra pasirengęs parduoti kolekciją ne mažiau kaip už 90 dolerių, tai reiškia, kad jis pats vertina ją būtent tiek. Galiausiai jeigu B parduos kolekciją A (sakykime, už 100 dolerių, bet analizė kokybiškai nepasikeis intervale tarp 90 ir 100 dolerių, nes tik šiame intervale bus sudarytas sandoris) visuomenės gerovė padidės 10 dolerių. Iki sandorio sudarymo A turėjo 100 dolerių grynųjų pinigų, o B – pašto ženklų kolekciją, vertą 90 dolerių (iš viso – 190 dolerių); po sandorio sudarymo A priklauso kolekcija, verta 100

dolerių, o B gavo 100 dolerių grynais (iš viso – 200 dolerių). Sandoris nepadidins išmatuojamos gerovės – bendrojo nacionalinio produkto, nacionalinių pajamų ir pan. – 10 dolerių suma; jis nepadidins jos visai, kol nebus sudarytas raštu, o rašytinis sandoris gali padidinti išmatuojamą gerovę net 100 dolerių, t.y. visa pirkimo kaina. Tačiau tikrasis indėlis į visuomenės gerovę yra 10 dolerių vertės nematerialus pasitenkinimas, kurį A gauna iš pirkinio, palyginus su B. Tai rodo, kad „gerovė" ekonomine prasme nėra paprastas piniginis matas, bei leidžia suprasti, kodėl klaidinga manyti, jog gerovė bus maksimizuota skatinant monopolinių kainų nustatymą. Gamintojų gerovė, žinoma, padidėtų, tačiau vartotojų – sumažėtų, ir netgi smarkiai, kadangi monopolinės kainos priverstų dalį vartotojų atiduoti pirmenybę prekėms, kurių gamyba visuomenei kainuoja brangiau, bet kurios vartotojui atrodo pigesnės dėl konkurencinių kainų nustatymo. Klaida slypi verslo pelno ir visuomenės gerovės tapatinime.[3]

Panašiai, jeigu aš turiu pasirinkimą pasilikti darbe, kur aš dirbu keturiasdešimt valandų per savaitę už 1000 dolerių atlyginimą, arba pasirinkti kitą darbą, kur aš turėsiu dirbti trisdešimt valandų už 500 dolerių, ir aš pasirenku pastarąjį variantą, papildomos 10 laisvalaikio valandų turėtų būti man asmeniškai vertos mažiausiai 500 dolerių, nors BNP sumažės sutrumpėjus mano darbo savaitei. Tarkime, kad aš įvertinu tas papildomas dešimt valandų 600 dolerių, taigi visuminės mano pajamos, sutrumpėjus darbo savaitei, padidėja nuo 1000 iki 1100 dolerių. Galbūt mano buvęs darbdavys praras kažkiek pelno man išėjus iš darbo (priešingu atveju, kam jis mane samdė?), tačiau šis praradimas neviršys 100 dolerių, nes priešingu atveju jis paprasčiausiai pasiūlytų man šiek tiek didesnį negu 1100 dolerių savaitinį atlygį ir aš pasilikčiau. (Šiame pavyzdyje neatsižvelgiama į pajamų mokestį.)

Gerovė yra susijusi su pinigais ta prasme, kad vien troškimas be gebėjimo už jį sumokėti neturi reikšmės – jis nėra nei pasiūla, nei paklausa. Aš galiu baisiai trokšti turėti BMW markės automobilį, bet jeigu aš nenoriu ar nepajėgiu sumokėti jo kainos, aš jo neturėsiu ir visuomenės gerovė nebus padidinta perduodant jį iš dabartinio savininko man. Atsisakius šio esminio apribojimo (tai taip pat svarbus skirtumas tarp gerovės maksimizavimo ir utilitarizmo, nes aš galiu išgauti didesnę naudą iš BMW negu jos dabartinis savininkas ar bet kas kitas, kuriam jis ją parduotų) būtų atvertas kelias nusikaltimų, padarytų aistruolių ir šykštuolių prieš šaltakraujiškus ir taupius, toleravimui.

Bendroji teisė įvairiais būdais palengvina maksimizuojančių gerovę sandorių sudarymą. Ji pripažįsta nuosavybės teisę ir tai palengvina mainus. Ji taip pat gina nuosavybę deliktų ir baudžiamosios teisės pagalba. (Nors šiandien baudžiamoji teisė tapo beveik išimtinai statutine, pavojingiausių nusikaltimų – tokių kaip nužudymas, kūno sužalojimas, išžaginimas ir vagystė – baudžiamumas yra kilęs iš bendrosios teisės.) Sutarčių teisės pagalba apsaugomas mainų procesas. Be to, yra nustatytos precesinės normos įmanomai efektyviam šiose srityse kylančių ginčų sprendimui.

[3] Plačiau apie tai ir apie kitas technines gerovės maksimizavimo detales žr. mano straipsnį „Wealth Maximization Revisited," 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, p. 85 (1985).

Iki šiol pateikti gerovę maksimizuojančių sandorių pavyzdžiai iliustravo sandorius, kurie yra savanoriški ta prasme, kad jie pagerina ar bent jau nepablogina visų jų paveiktų asmenų padėties. Buvo laikoma, kad kiekvienas sandoris liečia tik dvi jo šalis, kurių kiekvienos padėtis pagerėja. Tokie sandoriai vadinasi abipusiškai naudingi, nors abipusis naudingumas nėra būtinas tam, kad sandoris prisidėtų prie gerovės maksimizavimo. Panagrinėkime nelaimingą atsitikimą, sukeliantį 100 dolerių nuostolius, kurio tikimybė lygi 0,01, o išvengimo išlaidos sudarytų 3 dolerius. Tai gerovę maksimizuojantis „sandoris" (prisiminkite Aristotelio daromą skirtumą tarp savanoriškų ir priverstinių sandorių), kadangi dėl nelaimės laukiamos išlaidos (1 doleris) yra mažesnės už jos prevencijos išlaidas. (Čia daroma prielaida dėl rizikos neutralumo.) Nelaimingas atsitikimas liktų gerovę maksimizuojančiu sandoriu, net jeigu nukentėjusiajam nebūtų atlyginta žala. Ši išvada atitinka Learnedo Hando formulę, apibrėžiančią nerūpestingumą kaip nesugebėjimą imtis protingų (išlaidų prasme) atsargumo priemonių. Jeigu vienintelė atsargumo priemonė, kuri būtų užkirtusi kelią nelaimei, nėra pateisinama išlaidų prasme, jos nesiėmimas nebus nerūpestingumas, o kaltininkas neturės atlyginti nukentėjusiajam nelaimės sukeltų išlaidų.

Jeigu nelaimingo atsitikimo tapatinimas su sandoriu atrodo nenatūralus, vietoje jo galima panagrinėti potencialų sandorį dėl atsargumo priemonių, kurios būtų užkirtusios kelią nelaimei, įsigijimo. Kadangi potenciali auka nesutiktų mokėti 3 dolerius už galimų 1 dolerio išlaidų išvengimą, jos siūloma kaina bus mažesnė už potencialaus kaltininko prašomą kainą, todėl toks sandoris neprisidės prie gerovės maksimizavimo. Tačiau apvertus minėtus skaičius – t.y. jeigu galimų 3 dolerių išlaidų dėl nelaimės būtų galima išvengti sumokėjus 1 dolerį už atsargumo priemones – toks sandoris taptų gerovę maksimizuojančiu, o atsakomybės taisyklė, taikoma pagal Hando formulę, paskatintų potencialius pažeidėjus imtis atsargumo priemonių, už kurias jiems mokėtų potencialios aukos, jei savanoriški sandoriai būtų galimi. Teisė įveiktų sandorių kaštų kliūtis gerovės maksimizuojantiems sandoriams sudaryti.

Bendrosios teisės normų turimos gerovės maksimizavimo savybės buvo plačiai nušviestos mokslo literatūroje teisės ekonominės analizės tema.[4] Kai kurių šios literatūros autorių manymu, sąmokslo, bendrosios avarijos (jūrų teisėje), nukentėjusiojo neatsargumo, teisingumo servitutų, išankstinių draudimų taikymo standarto, nusikaltimo provokavimo, atleidimo nuo atsakomybės dėl sutarties įvykdymo negalimumo, šalutinės naudos taisyklės, nuostolių tikimybės, rizikos prisiėmimo, pasikėsinimo, privatumo pažeidimo, neteisėto sutartinių teisių ribojimo, baudos skyrimo tik tam tikrais atvejais, privilegijų įrodinėjimo teisėje, funkcinio imuniteto bei moralinio vertinimo doktrinos atitinka gerovės maksimizavimo reikalavimus. (Be to, prisimintina 8 skyriaus diskusija dėl „bendradarbio" taisyklės ir konkurencijos kaip delikto.) Pasitaikė netgi teiginių, kad pati precedentų sistema pasižymi ekonomine pusiausvyra. Precedentai yra bylinėjimosi šalutinis produktas. Kuo didesnis naujai sukurtų precedentų

[4] Žr. *Economic Analysis of Law*, 1-oji nuoroda, 2 dalis ir 21 sk.; William M. Landes ir Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987).

skaičius tam tikroje srityje, tuo mažesnis naujų ginčų, ypač ginčų dėl teisės, skaičius joje. Daugybės ypač informatyvių (iš dalies dėl naujumo) precedentų buvimas leidžia ginčų šalims daugiau ar mažiau vienodai vertinti tikėtiną bylinėjimosi rezultatą ir, kaip buvo pažymėta ankstesniuose skyriuose, jeigu abiejų šalių vertinimai sutaps, jos bus linkusios taikiai išspręsti ginčą dar iki teismo, nes bylinėjimosi išlaidos daug didesnės nei taikinimo. Tačiau kuo mažiau bylinėjimosi, tuo mažiau bus sukurta naujų precedentų, o jau egzistuojantys palaipsniui pasens, nes besikeičiantis gyvenimas pavers juos mažiau pritaikomais ir neinformatyviais. Taigi bylų skaičius vėl išaugs, skatindamas didesnio naujų precedentų kiekio kūrimą, kas savo ruožtu lems bylų skaičiaus mažėjimą.

Ši analizė neatskleidžia priežasčių, verčiančių teisėjus spręsti bendrosios teisės bylas pagal gerovės maksimizavimo reikalavimus. Tačiau klestėjimas, tiksliau matuojamas gerovės maksimizavimu negu grynai monetarinėmis priemonėmis, tokiomis kaip BNP, yra palyginti neprieštaringa strategija, o dauguma teisėjų dėl savo garbaus amžiaus, gerų atlyginimų ir silpnos padėties, palyginus su kitomis valdžios šakomis, stengiasi vengti polemikos. Dėl šios priežasties, ko gero, neatsitiktinai daugelis bendrosios teisės doktrinų įgijo savo šiuolaikinę formą 19 a., kai laisvosios konkurencijos ideologija, primenanti gerovės maksimizavimą, darė stiprią įtaką anglų ir amerikiečių teisėjų mąstymui; geras to pavyzdys yra Shaw nuomonė *Farwell* byloje (8 skyrius).

Galima paprieštarauti, kad, laikydamas ideologiją teisėjų elgesio motyvu, ekonomistas išeina už savo disciplinos ribų; tačiau jam nebūtina apsiriboti ideologija. Įstatymų leidybos ekonominė analizė reiškia, kad teisminiam detalizavimui gali būti paliktos tik tos teisės sritys, kur interesų grupių įtaka yra per silpna, kad atitrauktų įstatymų leidėją nuo bendrojo intereso tikslų siekimo. Klestėjimas yra vienas tokių tikslų, prie kurio siekimo teisėjai geriausiai gali prisidėti. Jų kuriamos bendrosios teisės normos daro nerentabilų visuomenės nepageidaujamą elgesį, tiek dykaduoniavimą, tiek didesnių už gaunamas pajamas bendrųjų išlaidų užkrovimą.[5] Taip darydamos normos sukuria stimulus šio elgesio vengimui, o šie stimulai skatina klestėjimą. Be to, teisėjai mažai gali prisidėti prie turtų perskirstymo. Pavyzdžiui, norma, leidžianti neturtingiems nuomininkams lengviau nutraukti nuomos sutartis su turtingais gyvenamųjų patalpų savininkais, skatins pastaruosius didinti nuompinigius tikslu padengti išlaidas, kurias jiems sukelia ši norma, o nuomininkai bus priversti prisiimti didesnių nuompinigių naštą. Minėta norma iš tikrųjų vykdo perskirstymą tarp apdairaus, atsakingo nuomininko, gaunančio labai mažai, arba negaunančio jokios naudos iš papildomų teisių prieš savininką – galimybės išvengti iškeldinimo už nuompinigių nemokėjimą, arba atidėti jį – ir nerūpestingo nuomininko, gaunančio papildomas garantijas. Toks perskirstymas yra nestabilus. Tuo tarpu įstatymų leidėjai dėka jų turimų galių

[5] Toks užkrovimas gerai iliustruojamas turtinių nusikaltimų pavyzdžiu: laikas ir pinigai, kuriuos išleidžia vagis, kėsindamasis į svetimą turtą, ir savininkas, mėgindamas tą turtą apsaugoti nuo vagysčių, nesukuria socialinės naudos, nes jie yra eikvojami vien siekiant sukelti ar neleisti turtų perskirstymo. Visuotinis gerovės sumažėjimas, kaip ir monopolijos atveju, buvo aptartas anksčiau.

mokesčių ir išlaidų reguliavimo srityje valdo galingą turtų perskirstymo įrankį. Taigi efektyvus darbo pasidalijimas tarp įstatymų leidžiamosios ir teisminės valdžios reikš pirmosios dėmesio sutelkimą įvairių interesų grupių reikalavimų dėl turtų perskirstymo patenkinimui, tuo tarpu antroji mėgins patenkinti bendrą visuomenės reikalavimą dėl veiksmingų taisyklių saugumo, nuosavybės ir sandorių srityje sukūrimo. Nors be efektyvumo ir perskirstymo gali būti ir kitų teisėjų elgesio tikslų, daugelis jų (įvairios „sąžiningumo" ir „teisingumo" koncepcijos) žymi gerovės maksimizavimą[6] ar turtų perskirstymą įtakingų interesų grupių naudai; be to, jie būtų per daug prieštaringi įvairiarūšėje visuomenėje, per daug specialūs ar nepakankamai išplėtoti, kad tarnautų tinkamais sprendimų priėmimo pagrindais teisėjams, kuriems rūpi objektyvių ir nešališkų žmonių reputacija.

Pagaliau net jei teisėjai teturi menką įsipareigojimą užtikrinti savo sprendimų efektyvumą, jų neefektyvūs sprendimai iš esmės lems didesnius visuomenės kaštus nei efektyvūs. Dėl to pralaimėjusios šalys ekonominiu požiūriu klaidingai išspręstose bylose vidutiniškai turės didesnį stimulą siekti klaidos ištaisymo apeliacijos, naujo ieškinio ar įstatymų leidybos pagalba, negu pralaimėjusios šalys ekonomiškai teisingai išspręstose bylose – taigi bus daromas nuolatinis spaudimas dėl efektyvių rezultatų. Be to, bylose, sprendžiamose neefektyvių normų pagrindu, statomos sumos paprastai yra didesnės (nes neefektyvios normos sukelia visuomenės nuostolius), o kuo didesnės šios sumos, tuo didesnė tikimybė, kad ginčas bus sprendžiamas teisme, o ne taikiai; taigi teisėjams pasitaikys proga persvarstyti neefektyvią normą.

Vadinasi, bendrosios teisės tendencija tapti veiksminga neturėtų stebinti, nors dėl silpnų teisėjų paskatų gerai atlikti savo darbą bet kokiais aspektais (tai yra jų nepriklausomumo šalutinis produktas) vargu ar galima tikėtis, kad teisė kada nors pasieks visišką veiksmingumą. Kadangi gerovės maksimizavimas yra ne tik faktinis teismų sprendimų bendrojoje teisėje priėmimo vadovas, bet ir tikroji socialinė vertybė, kurią vienintelę teisėjai gali tinkamai puoselėti, jis leidžia ne vien tiksliai apibūdinti teisėjų veiklą, bet sukuria tinkamas gaires jos kritikai ir reformoms. Jei teisėjams nepavyksta užtikrinti gerovės maksimizavimo, ekonomistas analitikas ragins juos atitinkamai pakeisti praktiką ar doktriną. Papildomai analitikas skatins bet kurį įstatymų leidėją, pakankamai nepriklausomą nuo interesų grupių įtakos, kad veiktų viešojo intereso labui, priimti tik tuos įstatymus, kurie atitinka gerovės maksimizavimo reikalavimus.

Be prognozių ir nurodymų davimo, ekonominis požiūris leidžia paprasčiau ir nuosekliau suvokti bendrąją teisę bei taikyti ją objektyviau negu tradicinių pažiūrų teisininkai manytų esant galima. Iš prielaidos, kad bendroji teisė gali ir turi siekti visuomenės gerovės maksimizavimo, ekonomistas analitikas gali logiškai (mūsų laikais ekonomikos teorija dažniausiai išreiškiama matematine kalba) išvesti daugelį teisės doktrinų, kurios išreikštų ir patobulintų vidinę bendrosios teisės prigimtį, bei gali palyginti jas su dabar vyraujančiomis bendrosios teisės doktrinomis. Analitikas, išvertęs ekonomikos sąvokas į teisinę kalbą, supras, kad dauguma dabartinių doktrinų yra pa-

[6] Pavyzdžiui, nėra aišku, ar Weinribo pateikta Kanto deliktų teisės teorijos interpretacija (žr. 11 skyrių) iš esmės skiriasi nuo ekonominės teorijos; iš tikrųjų tarp jų gali egzistuoti tik terminologijos skirtumai.

kankamai artimos ekonominės teorijos išvadoms ir todėl formaliai galiojančios. Ten, kur atsiras nesutapimų, reformų kryptis bus akivaizdi. Tačiau einančio šia kryptimi teisėjo negalima kaltinti naujos teisės kūrimu vietoje jau egzistuojančios atradimo, nes jis tik prisideda prie esminės bendrosios teisės prigimties realizavimo.

Bandymas paversti bendrąją teisę – su jos daugybe atskirų šakų, tūkstančiais atskirų doktrinų ir šimtais tūkstančių paskelbtų teismo sprendimų – matematikos formulių saujele gali pasirodyti donkichotiškas, tačiau ekonomistas analitikas gali pateikti argumentų, leisiančių suabejoti tokiu vertinimu. Vos tik supratus iš esmės ekonominę bendrosios teisės prigimtį, jos doktrinų gausumas pasirodo esąs daugiausia išorinis. Keli principai, tokie kaip išlaidų ir gautos naudos analizė, dykaduoniavimo prevencija, sprendimų priėmimas dėl abejonės, rizikos vengimas bei abipusiai naudingų mainų skatinimas, gali paaiškinti daugumą doktrinų ir priimtų sprendimų. Bylas iš deliktų galima paversti bylomis iš sutarčių, apibūdinus delikto problemą kaip numanomos sutarties, kurią pasirinktų ginčo šalys iki nelaimingo atsitikimo, jei jos kaštai nebūtų per dideli, nustatymą. Savo ruožtu iš sutarčių kilusios bylos gali būti paverstos bylomis iš deliktų, klausiant, kokia teisės gynimo priemonė, jei tokia yra, maksimaliai padidintų tikėtinas pajamas iš sutartinio įsipareigojimo, įvertinto *ex ante*. Nusikaltėlio sprendimas dėl nusikaltimo darymo iš principo nesiskiria nuo prokuroro sprendimo dėl baudžiamojo persekiojimo pradėjimo; švelnesnės bausmės skyrimas atsižvelgiant į teisiamojo prašymus ir įtikinėjimus yra sutartis; nusikaltimai faktiškai yra nemokių skolininkų padaryti deliktai, nes jei visi nusikaltėliai pajėgtų atlyginti visus savo nusikaltimų sukeltus socialinius kaštus, antivisuomeninio elgesio prevencijos užduotį būtų galima patikėti deliktų teisei. Pateikti pavyzdžiai rodo ne tik tai, kad bendrosios teisės logika yra iš tikrųjų ekonominė, taip pat ir tai, kad teisės dėstymas būtų supaprastintas demonstruojant studentams aiškų ir paprastą teisės doktrinos ekonominį turinį, slypintį po jos įvairiaspalve forma.

Nors visa tai gali priminti Langdellio teoriją, pastaroji iš esmės yra skirtinga, nes negali būti empiriškai patvirtinta. Taisyklės, išvestos iš ekonominės teorijos, galutinis patikrinimas yra ne jos išvedimo elegantiškumas ar logiškumas, bet jos įtaka visuomenės gerovei. Pasisavinimo taisyklės išplėtimo naftai ir gamtinėms dujoms galimybė buvo patikrinta tokiu būdu ir, neišlaikius patikrinimo, pakeista (nors ir įstatymų leidyba, o ne teismu) veiksmingomis normomis. Kitos bendrosios teisės normos gali ir turi būti tikrinamos analogiškai.

Pozityviosios teorijos kritika

Išdėstyta taip atvirai ir provokuojančiai ekonominė tezė bus puolama iš visų pusių. Ankstesniuose skyriuose plėtota diskusija padės įvertinti kai kuriuos iš šių puolimų. Patogumo dėlei derėtų suskirstyti kritikus į dvi stovyklas: vieni kritikuoja ekonominės teisės teorijos pozityvų aspektą (bendrąją teisę geriausia suprasti kaip gerovę maksimizuojančią, o statutinę teisę – kaip pajamų siekiančią), o kiti – normatyvinį aspektą

(teisę reikia padaryti įmanomai atitinkančia gerovės maksimizavimo reikalavimus). Be abejo, neretai tie patys kritikai puola iš abiejų pusių.

Du pozityviosios teorijos kritikos teiginiai yra fundamentalūs. Pirmasis – kad ekonominis žmogaus elgesio modelis yra klaidingas, o ekonomikos mokslas – apgaulingas. Antrasis – kad tikrosios ekonomikos studijos vyksta rinkos, o ne nekomercinės veiklos, apimančios nusikaltimus, nuteisimą ir kitus teisės sistemos rūpesčius, sąlygomis.

Ekonomistai didžiuojasi būdami įtraukti į mokslinę veiklą.[7] Iš pagrindinės prielaidos, kad žmonės linkę racionaliai didinti savo gaunamą pasitenkinimą, ekonomistas išveda daugybę hipotezių, populiariausia iš kurių yra „paklausos dėsnis" – santykinės produkto kainos padidėjimas, kitoms sąlygoms esant pastovioms, lems jo paklausos sumažėjimą. Šios hipotezės yra patvirtinamos arba paneigiamos faktinio ekonominio elgesio tyrimais. Paprastai šie tyrimai yra statistinio pobūdžio, nors dauguma įrodymų, įtikinančių žmones, kad ekonomika čia „kažkuo dėta", yra labiau atsitiktiniai – pavyzdžiui, pastebėjimas, kad nekaininis normavimas sukelia eiles. Nepaisant to, kad daugybė ekonomistų pozityvistų yra Karlo Popperio pasekėjai ir tiki, kad nuginčijamumas yra pagrindinė mokslo teorijos charakteristika, ekonomistai empirikai labiau pabrėžia patvirtinimą, o ne nuginčijimą.[8] Viena to priežastis yra ta, kad ekonomikos

[7] Literatūros pozityviosios ekonomikos metodologijos tema yra labai daug. Galima pradėti nuo Danielo M. Hausmano nuostabios esė „Economic Methology in a Nutshell", 3 *Journal of Economic Perspectives*, 1989 m. pavasaris, p. 115. Iš didesnės apimties kūrinių, atspindinčių požiūrių įvairovę, žr. *The Boundaries of Economics* (red. Gordon C. Winston ir Richard F. Teichgraeber, 1988); *Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology* (red. Robin M. Hogarth ir Melvin W. Reder, 1987); Lawrence A. Boland, *The Foundations of Economic Method* (1982); Bruce J. Caldwell, *Beyond Positivism: Economic Methology in the Twentieth Century* (1982); Marin Hollis ir Edward J. Nell, *Rational Economic Man: A Philosophical Critique of Neo-Classical Economics* (1975); Homa Katouzain, *Ideology and Method in Economics* (1980); Alexander Rosenberg, *Microeconomic Laws: A Philosophical Analysis* (1976), ir *Sociology and the Preemption of Social Science*, p. 53–91 (1980). Tarp kūrinių, nagrinėjančių socialinių mokslų metodologiją kaip dalį stambesnės mokslo metodo problemos, ypač išsiskiria dabar kiek pasenęs Ernesto Nagelio darbas The *Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, 13 ir 14 sk. (1961),

[8] Popperio įtaka ekonomikos metodologijai buvo didžiulė, tačiau tai nėra plačiai žinomas faktas, nes pagrindinis darbas, sukurtas jo įtakoje – garsus Miltono Friedmano straipsnis „The Methology of Positive Economics" iš jo knygos *Essays in Positive Economics*, p. 3 (1953) – nemini Popperio vardo. Popperio įtaka straipsnyje dar labiau užtemdyta jo perdėtai pozityvistinės prielaidos, kad vienintelis ekonominių teorijų tikslas yra įrodomųjų prognozių kūrimas, bei jo dedamo nebūtino ir klaidinančio akcento ekonomikos prielaidų pavertimo nerealistinėmis tariamam patrauklumui. Mano galva, Friedmano mintis nėra tai, kad realizmo trūkumas yra mokslo teorijos teigiamas bruožas, bet kad pati teorija nėra aprašymas. Teoretikas atsiriboja nuo jo studijuojamo elgesio neesminių bruožų. Galima dar pridurti, kad teisinga teorija nebūtinai turi būti intuityvi. Dar daugiau, atsidavimas ekonomikos prielaidoms neturi būti metodologinis; jis neturi skatinti politinės akcijos (baimė, kad jis tą darys, yra viena iš mokslo priešiškumo ekonomikai priežasčių). Analitiko įsitikinimas, kad ekonomikos teorija, galbūt smarkiai supaprastinta, yra galingiausias socialinio elgesio tyrimo įrankis visai nereiškia, kad ši teorija turi nulemti jo asmeninį gyvenimą ar politinius įsitikinimus. Štai grynosios priežasties skirtumo nuo praktinės priežasties, paminėtos 2 skyriuje, pavyzdys.

Vis dėlto ekonomikai neabejotinai būdingas pozityvizmas, ką patvirtina ekonomistų meilė „tartum" pobūdžio hipotezėms: pavyzdžiui, hipotezei, kad geriausias bendrosios deliktų teisės paaiškinimas yra įsivaizdavimas „tartum" teisėjai stengtųsi maksimizuoti gerovę. Žr. 4-ąją nuorodą, p. 1. Ši hipotezės rūšis palieka

teorija tapo tokia turtinga ir sudėtinga, kad beveik kiekviena hipotezė, net jeigu ji sugebėdavo paneigti fundamentalią paklausos dėsnio ar panašios teorijos išvadą, galėjo būti priderinta prie šios teorijos. Pavyzdžiui, faktas, kad tam tikros prekės paklausa padidėjo nepaisant jos išaugusios kainos, gali būti racionaliai paaiškintas argumentu, kad prekė priklausė Giffeno prekių[9] kategorijai arba kad kainos šuolis suklaidino vartotojus versdamas juos manyti, kad prekės kokybė taip pat pagerėjo; vartotojai dažnai laiko kainą kokybės rodikliu ir dažnai tikinami, kad tai tiesa. Paklausos dėsnis iš tikrųjų yra stiprus; tačiau yra stebėtinai lengva pateisinti empirines išvadas, prieštaraujančias pagrindinėms teorinėms ekonomikos prielaidoms ir teiginiams.

Kontroliuojamų eksperimentų negalimumas daugumoje ekonomikos tyrinėjimų sričių padaro paneigiamumą dar labiau neprieinamu ekonomistui. „Natūralus" eksperimentas yra įprastas būdas patvirtinti ar paneigti ekonominę hipotezę: ekonominis modelis naudojamas statistinių kintamųjų santykio prognozei, o prognozės patikimumas vertinamas taikant statistinio reikšmingumo testus. Problemos, su kuriomis susiduria ši metodologija, yra nuobodumas, brangumas ir dažnas negalėjimas gauti svarbių modeliui duomenų, o šių kliūčių rezultatas yra žemas empirinio ir teorinio darbo santykis; profesinio atpildo už neigiamas išvadas nebuvimas, arba, kas yra tas pats, karjeros reikalavimai bet kokia kaina pasiekti pozityvių rezultatų; didelis, kartais net neapibrėžtas, skaičius neįtrauktų nepriklausomų kintamųjų, kurie gali būti susiję su kintamaisiais, kuriuos tyrinėtojas mėgina nustatyti; paprastai labai mažas variantiškumo laipsnis, verčiantis galvoti apie pradinių duomenų nepakankamumą arba apie modelio gebėjimą aprėpti tik mažąją studijuojamo socialinio fenomeno dalį; skurdžių rezultatų pateisinimo duomenų problemą lengvumas; faktas, kad prognozuojami rezultatai yra iš anksto žinomi, kas sukuria tiek spaudimą, tiek galimybę šiaip ne taip pataisyti modelį tikslu priderinti jį prie duomenų – o ekonomikos teorijos sudėtin-

neištirtą užslėptą „realybę", iš tikrųjų lemiančią tokį teisėjų elgesį. Ji verčia manyti, kad teorijos, pasižyminčios prognozavimo gebėjimu, gali būti klaidingos: Ptolemėjo astronomija yra klaidinga, nepaisant jos teisingų prognozių, dėl galimo žvaigždžių išsidėstymo ir galimybės panaudoti ją navigacijoje.

[9] Tai yra „neturtingųjų prekės" rūšis. „Neturtingųjų prekėmis" ekonomistai vadina tokias prekes, kurių paklausa didėja, kai krenta žmonių pajamos. Bulvės Airijoje yra būdingas neturtingųjų prekės pavyzdys. Jei didelė asmens pajamų dalis panaudojama šiai prekei pirkti, pakilus jos kainai asmuo gali taip nuskursti, kad pradės vartoti dar daugiau šios prekės (pavyzdžiui, jis pirks dar daugiau bulvių ir daug mažiau mėsos). Šią savybę turinti prekė vadinama Giffeno preke. Žr., pvz., George J. Stigler, „Notes on the History of the Giffen Paradox," 55 *Journal of Political Economy*, p. 152 (1947); Rogert Koenker, „Was Bread Giffen? The Demand for Food in England circa 1790," 59 *Review of Economics and Statistics*, p. 225 (1977); L.A. Boland, „Giffen Goods, Market Prices, and Testability," 16 *Australian Economic Papers*, p. 72 (1977); Gerald P. Dwyer ir Cotton M. Lindsay, „Robert Giffen and the Irish Potato," 74 *American Economic Review*, p. 188 (1984); Morten Berg, „Giffen's Paradox Revisited," 39 *Bulletin of Economic Research*, p. 79 (1987). Žinoma, tokių prekių nėra daug, todėl tikimybė, kad ne visos paklausos kreivės yra smunkančios dėl to, kad dalis jų iliustruoja Giffeno prekių paklausą, labai netrikdo ekonomikos teorijos. Be to, ne vien ekonomikos teorija reikalauja pagalbinių principų (šiame pavyzdyje – empirinis Giffeno prekių buvimo neįtikimumas) siekiant įgyti prognozavimo galią. Tai bendras visų mokslų bruožas. Žr., pvz., Hilary Putnam, *Representation and Reality*, p. 9 (1988).

gumas palengvina ši darbą. Du paskutiniai argumentai gali paaiškinti, kodėl neigiamos išvados būsiančios priskirtos tyrinėtojo silpnai vaizduotei.

Teorija, kurios iš esmės negalima paneigti, o galima tik patvirtinti, yra menkai pagrįsta. Niekada negali būti tikras, kad išvados, patvirtinančios (t.y. atitinkančios) teoriją A, iš tikrųjų vietoje to nepatvirtina kitos teorijos B, kuri tik iš dalies sutampa su pirmąja teorija, arba ją apima. Mažas variantiškumas, kurį tesugeba paaiškinti dauguma ekonometrinių tyrimų, padidina šią tikimybę. Ši problema nėra tokia aktuali mokslams, kurie ne tik nori suprasti gamtos fenomenus, tokius kaip visatos ir žmonių giminės atsiradimas, taip pat ir sugeba daryti jiems įtaką. Atominė bomba aiškiai įrodo, kad šiuolaikinė atominė teorija yra kažkas daugiau negu dar viena protinga hipotezė apie nematomas esybes; tas pats pasakytina apie biotechnologiją ir genų inžineriją. Nors ekonomika taip pat turi savo technologinę ir akademinę puses – ekonomikos teorija gali laikyti savo nuopelnu naujų prekybos vertybiniais popieriais strategijų sukūrimą, naujus kainų nustatymo metodus ir kai kurias naujas viešosios politikos kryptis, kaip antai: transporto ir bankininkystės valstybinio reguliavimo panaikinimas – šie įsikišimai yra mažiau efektyvūs ir labiau dviprasmiški pagal savo rezultatus ir interpretavimą, negu gamtos mokslų įsiskverbimas į tokias sritis kaip ginklų gamyba ir medicina.

Yra ir kita problema. Pagrindinė ekonomikos prielaida – kad žmonės yra racionalūs maksimizuotojai – atrodo, yra ne tik priešinga intuicijai (nors tai bendras mokslinių teorijų bruožas, gerai pademonstruotas saulės sistemos heliocentrinės teorijos bei evoliucijos, jau neminint kvantinės teorijos), bet ir neužbaigta. Žmonės nenoriai priima mažos tikimybės įvykius, kurie yra svarbūs daugybėje ekonomistų nagrinėjamų elgesio sričių; o žmonių elgesys daugiausiai yra impulsyvus, emocinis ir prietaringas – trumpai tariant, iracionalus. Būtent dėl šių priežasčių ir kyla susirūpinimas, kad išvados, patvirtinančios (ekonomikos) teoriją A, iš tikrųjų patvirtina platesnę ir realistiškesnę teoriją B.

Šios mintys verčia manyti, kad ekonomika yra silpna, palyginti su gamtos mokslais, nors ji yra stipriausia iš humanitarinių mokslų. Tačiau nebuvo įrodyta, ir būtų klaidinga manyti, kad tai netikras mokslas kaip astrologija arba ideologija kaip marksizmas.[10] Be to, atrodo, kad ji sugeba užfiksuoti svarbią, nors galbūt tik mažą, jos tiriamo fenomeno dalį. Šiuo savo bruožu, kaip ir savo pasitikėjimu skaičiavimais kuriant savo modelius, ekonomika yra panaši į Newtono fiziką. Šis panašumas išryškina painiavą paplitusioje ekonomikos kaip „redukcionistinio" mokslo kritikoje dėl jos polinkio naudoti matematikos konstrukcijas žmonių socialiniam elgesiui aiškinti. Visi mokslai naudoja abstrakcijas. Newtono traukos dėsnis atsiriboja nuo daugelio krentančių kūnų savybių (pavyzdžiui, obuolio spalvos) siekdamas paaiškinti daugumos skirtingų kūnų – nuo obuolių, vandens ir patrankos sviedinių iki žvaigždžių – elgesį. „Bet kokių mokslinių teorijų kūrimas neapsieina be abstrakcijų. Jis užsiima erdve,

[10] Pseudomokslą įdomiai apibūdino Raimo Tuomela savo knygos *Science, Action, and Reality* 10 skyriuje, ypač p. 229. Žinoma, kai kuriems ekonomistams ekonomika yra tiek analizės metodas, tiek ideologija.

skaičiais, judesiais, biologinių organizmų evoliucija ir t.t. Jei teorija pamėgintų vietoj to užsiimti, sakykime, konkrečia gyvūnų visuma, kuri ne tik turi formą ir skaičių bei galimybę judėti ir veistis, taip pat neribotą kiekį kitų bruožų, teorijos kūrimas neišvengiamai paspringtų detalių pertekliumi."[11] Šis procesas nevadintinas redukcionizmu; šis žodis paliekamas, ar turi būti paliktas, apibūdinti nesėkmingas pastangas paaiškinti vieną kurį dalyką kito pagalba, pavyzdžiui, mintis molekuliniais pakitimais smegenyse.

Nereikėtų pamiršti, kad svarbi fizikos mokslo sritis astrofizika daugiausia yra neeksperimentinis mokslas; kad egzistuoja ir kitų neeksperimentinių gamtos mokslų, įskaitant geologiją ir paleontologiją; kad kai kurių iš svarbiausių mokslinių teorijų, ypač evoliucijos teorijų biologijoje ir geologijoje, praktiškai neįmanoma paneigti;[12] kad eksperimentai labai klaidingi, nes neįtrauktas kintamasis gali būti kaip tik tas, kurio ieškoma eksperimento pagalba, o kintamasis, kurį eksperimentatorius laiko svarbiausiu, iš tikrųjų gali tik atrodyti toks; kad dauguma mokslų šokiruojančiai prieštarauja intuicijai – užgaulė sveikam protui (pavyzdžiui, kvantinė teorija arba žmogaus akies evoliucija); kad mokslininkai dažnai daro savavališkas, neįrodomas prielaidas (pavyzdžiui, kad mums žinomi fizikos dėsniai nesikeitė per visą pasaulio istoriją); ir kad dėl negalimumo kada nors užtikrintai „patvirtinti" mokslo hipotezes galbūt geriausia būtų laikyti visas mokslo žinias tik hipotetinėmis. Trumpai tariant, ekonomikos mokslo pagrindiniai sunkumai, tikri ar tariami, būdingi ir gamtos mokslams. Reikia pridurti, kad pasitaikius progai ekonomistai ir kiti socialiniai mokslininkai visgi atlieka kontroliuojamus eksperimentus.[13]

Ar ekonomikos silpnumai turėtų sutrukdyti bandymus pritaikyti ją ne rinkos veiklai? Jokiu būdu. Nors nekomercinis elgesys daugiausia yra sudėtingas ir paslaptingas, šis jo bruožas nepriklauso nuo to, ar į jį žiūrima per ekonomikos, laikančios visas žmogiškas būtybes protingomis, ar per kitų humanitarinių mokslų, nesilaikančių šios prielaidos, bet neturinčių kuo ją pakeisti, prizmę. Teisės ekonomika gali būti visai silpna sritis tiek dėl bendro ekonomikos silpnumo, tiek dėl pačiai teisei būdingų specifinių silpnumų. Tačiau ar teisės psichologija yra pakankamai stipri? O teisės sociologija ir teisės antropologija? O jurisprudencija, kaip pozityvioji teisės teorija? Šios bei kitos

[11] L. Jonathan Cohen, *The Dialogue of Reason: An Analysis of Analytical Philosophy*, p. 123 (1986). Galima pridurti, kad jei teorija yra per daug turtinga, jos negalima paneigti – ekonomikai gresiantis pavojus. Galbūt ekonomika nėra pakankamai redukcionistinė!

[12] Evoliucijos teorijos ir bendrai biologijos metodologinės problemos yra labai panašios į šias problemas ekonomikos teorijoje. Cf. Michael Ruse, *Philosophy of Biology Today*, 1 sk. (1988); Alexnder Rosenberg, *The Structure of Biological Science* (1985). David L. Hull knygoje *Science as a Process: An Evolutionary Account of the Social and Conceptual Development of Science*, p. 495 (1988), nurodo, kad tikras klastojimas retai pasitaiko gamtos moksluose, ir kad priešingai Popperio teorijai mokslininkai dažniausiai pritaria teorijoms, kurių nebuvo mėginama rimtai paneigti. Pats Popperis jau labai seniai atsisakė klastojimo, naudoto jo ankstyvuose darbuose.

[13] Žr. Alvin E. Roth, „Laboratory Experimentation in Economics," 2 *Economics and Philosophy*, p. 245 (1986).

tarpšakinių teisės mokslų sritys, kurios yra senesnės už teisės ekonominę analizę, dar mažiau pretenduoja į pagrindinio pozityviosios teisės teorijos formuotojo vaidmenį.

Šios knygos požiūriu kai kurie argumentai prieš ekonomikos taikymą ne rinkos veiklai yra ypač įdomūs, nes jie pagrįsti sunkiai įveikiamais filosofiniais suklydimais, ypač esencializmu – idėja, kad viskas turi savo ypatingąsias savybes, kurios yra daiktų matas ir nusako jų metafizinę esmę. Taigi, jei tokių savybių nerandama, daiktas, kuriam jos lyg ir turėtų priklausyti, iš tikrųjų yra ne tai, kas atrodo. (Langdellis buvo esencialistas.) Taigi teigiama, kad ekonomika reiškia rinkos tyrimus, todėl ne rinkos veikla yra už ekonomikos objekto ribų, jos tyrimai nėra – tiesiog negali būti – ekonomika. Iš tikrųjų sąvoka „ekonomika" kaip ir „teisė" (ar „filosofija", „demokratija", „religija") neturi nei aiškios reikšmės, nei detalių ribų, t.y. jos negalima nei apibrėžti, nei išvardyti viso sąrašo dalykų, kuriems ji taikoma. Kitaip yra, pavyzdžiui, su žodžiu „triušis", kurį galima apibrėžti, o vėliau nedviprasmiškai priskirti kiekvienam iš realaus pasaulio objektų, atitinkančių šį apibrėžimą. (Na, ne visai, nes tas pats žodis tinkamai vartojamas velykiniam triušiui ar bailiam žmogui žymėti.) Mėginti apibrėžti ekonomiką beviltiška. Negalima sakyti, kad ekonomika yra tai, kuo užsiima ekonomistai, nes daugybė neekonomistų užsiima tuo pačiu. O gal dėl to jie tampa ekonomistais? Kalbant iš esmės ekonomikos negalima vadinti mokslu apie racionalų pasirinkimą. Kai kurios racionalaus pasirinkimo teorijos visai nepanašios į ekonomiką dėl jų nestabilių pagrindinių prielaidų, kas pakeičia daug ekonomikos prognozių, arba dėl to, kad jos mato kelias protingas asmenybes kiekviename žmoguje – pavyzdžiui, vieną impulsyviąją, o kitą – žvelgiančią į ateitį. Be to, yra neracionalių ar nenuosekliai racionalių ekonomikos teorijų. Jų kategorijai priklauso išgyvenimo teorija gamybos organizavime (įmonės, kurioms pavyksta rasti efektyvesnius verslo metodus, klestės palyginus su mažiau efektyviomis įmonėmis) bei daugybė makroekonominių teorijų, grindžiamų prielaida apie žmonių turimus polinkius elgtis neracionaliai (taupyti, vartoti, laikyti tam tikrą savo turto kiekį grynųjų pinigų pavidalu). Ekonomikos negalima vadinti rinkos tyrimu, todėl kad rinką tiria ir kiti mokslai, pavyzdžiui, sociologija ir antropologija, bei todėl, kad tai verčia nurodyti rinkos tyrimus kaip ekonomikos objektą paliekant šį teiginį neapgintą.

Tiesa, istoriškai pagrindinis ekonomikos dėmesys buvo sutelktas į rinkos tyrimus. Taip atsitiko dėl kelių priežasčių: rinkos srityje buvo gausu ekonominei analizei naudingos informacijos; kitų humanitarinių mokslų atstovai reiškė tik nedidelį interesą rinkos tyrimams (skirtingai nuo tokių žmogaus elgesio sričių kaip teisė, religija, švietimas, valstybės valdymas, meilė ir beprotybė); ekonomikos teorija yra gerai pritaikoma rinkos supratimui; racionalus elgesys, atrodo, labiau paplitęs rinkoje negu bet kurioje kitoje socialinio bendravimo sferoje; pagaliau pinigų, kaip mato, vaidmuo rinkos studijose panašus į masės ir greičio vaidmenį fizikoje. Tačiau mokslo istorija, ir net didžiausios jo pergalės, nenulemia jo ateities ir neapriboja jo taikymo masto.

Argumentas, kad ekonomikos taikymo išplėtimas ne rinkos veiklai yra galimas tik išsprendus pagrindines rinkos ekonomikos problemas, taip pat netinka. Iš tikrųjų norisi paklausti, kaip ekonomistai gali tikėtis paaiškinti ištuokų skaičių, jeigu jie net ne-

sugeba paaiškinti oligopolinės rinkos funkcionavimo. Tačiau šis klausimas rodo klaidingą įsitikinimą, jog ekonomika turi nekintamą objektą. Ekonomikos metodai gali netikti atsakyti į daugybę svarbių klausimų apie elgesį rinkoje, bet dėl to nebūtina žūtbūt stengtis kakta pramušti sieną. Ekonomikai nėra lemta išsklaidyti visas rinkos paslaptis. Galbūt jai geriau seksis su kai kuriais nekomercinio elgesio tipais, net jeigu rinkos elgesį ji pažįsta geriau už bet ką.

Taip pat nedera sakyti, kad ekonomistui neverta brautis į teisininko kontroliuojamą teritoriją, nes formaliai jam nebuvo atskleistos teisinio mąstymo paslaptys. Pastarosios yra per daug išpūstos, o teiginys, kad teisė yra tai, ką daro tik teisinį išsilavinimą turintys asmenys, yra tik dar viena esencializmo forma. Kaip ir teiginys, kad ekonomika turi rūpėti tik ekonomikos mokslų daktarui ir niekam kitam. Ekonomistas yra asmuo, dirbantis ekonomikos srityje, bet jei jis daro tai neturėdamas specialaus išsilavinimo (pavyzdžiui, teisininkas, pavargęs nuo teisinės praktikos) arba tik dirba ranka rankon su tuo, kas jį turi, jo dirbamas darbas išlieka ekonomika. Galbūt ji atrodys ne tokia graži, elegantiška, rafinuota ir matematiškai tiksli, tačiau tai nereiškia, kad ji nesugebės pagilinti mūsų teisės ar kitas nekomercines žinias.

Nors klausimas dėl ekonomikos gebėjimo įnešti reikšmingą indėlį į žmogaus žinias apie ne rinkos veiklos sritis yra empirinis[14], atsakymas į jį atrodo teigiamas, sprendžiant iš esančios gausios ekonomikos literatūros tokiomis ne rinkos temomis kaip švietimas, ekonomikos istorija, antropologija, reguliavimo priežastys, ne pelno įstaigų veikla, rasinė ir kitokia diskriminacija, šeima ir asmeninis gyvenimas.[15] Tai savo

[14] Skeptiko nuomonės žr. Ronald H. Coase, „Economics and Contiguous Disciplines," 7 *Journal of Legal Studies*, 201 p. (1978). Nors teisingiau būtų pasakyti, kad, profesoriaus Coase'o įsitikinimu, ne pačios ekonomikos, bet ekonomistų indėlis būtų menkavertis. Coase'o manymu, teisininkai, sociologai, psichologai ir kiti patys paims iš ekonomikos teorijos jiems naudingą patirtį ir dėl to turės lemiamą pranašumą prieš ekonomistus atlikdami tyrimus jiems geriau žinomose tam tikrose srityse.

[15] Žr., pvz., Jack Hirshleifer, „The Expanding Domain of Economics," 75 *American EconomicReview*, 53 p. (specialusis jubiliejinis leidimas, 1985 m. gruodis); *Discrimination in Labor Markets* (red. Orley Ashenfelter ir albert Rees, 1973); *Education, Income, and Human Behavior* (red. F. Thomas Juster, 1976); *Household Production and Consumption* (red. Nestor E. Terleckyj, 1975); *Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital* (red. Theodore W. Schultz, 1974); *The Reinterpretation of American Economic History* (red. Robert William Fogel ir Stanley L. Engerman, 1971); Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976); Becker, *A Treatise on the Family* (1981); Victor R. Fuchs, *Women's Quest for Economic Equality* (1988); James M. Buchanan ir Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962); Michael Grossman, *The Demand for Health* (National Bureau of Economic Research, 1972); George J. Stigler, *The Citizen and the State: Essays on Regulation* (1975); bei mano knygą *The Economics of Justice* (1981). Pastangos išplėsti ekonomikos sferą net psichologijai atspindėtos šiuose darbuose: Thomas C. Schelling, „Self-Command in Practice, in Policy, and in a Theory of Rational Choice," 74 *American Economic Review Papers and Preceedings*, 1 p. (1984 m. gegužė); Richard H. Thaler ir H. M. Shefrin, „An Economic Theory of Self-Control," 89 *Journal of Political Economy*, 392 p. (1981); George A. Akerlof ir William T. Dickens, „The Economic Consequences of Cognitive Disonance," 72 *American Economic Review*, 307 p. (1982). Atidus šios knygos skaitytojas turėtų pastebėti, kad įvairiose vietose aš duodu suprasti, jog ekonomika galėtų suvaidinti fundamentalų vaidmenį sprendžiant daugybę filosofinių klausimų gnoseologijoje ir ontologijoje, tačiau šio teiginio pagrindimui prireiktų dar vienos knygos.

ruožtu reiškia, kad ekonominė teisės teorija turėtų būti apsvarstyta ir įvertinta iš esmės – nuolatos turint omenyje, kad ekonomikos, kaip mokslo, silpnumai reikalauja atsargumo vertinant bet kuriuos ekonominius teiginius – užuot atmetant ją apriorinio ekonomikos masto suvokimo pagrindu.

Tam tikri prieštaravimai yra išsakomi ekonominės teisės teorijos pozityviosios pusės adresu.[16] Pirmasis, kad teorijos negalima realiai patikrinti (todėl ji yra pseudomokslinė), nes praktiškai neįmanoma gauti duomenų, reikalingų įvertinti, ar tam tikra teorija yra gerovę maksimizuojanti. Ši kritika, dažnai ir prieštaringai prijungiama prie kitos – kad nesunkiai galima įrodyti tam tikrų doktrinų, ekonominių teisės analitikų laikomų veiksmingomis, neveiksmingumą, yra perdėta. Duomenys, reikalingi pozityviajai teorijai patikrinti – deliktinių doktrinų atveju – tai informacija apie nelaimingų atsitikimų skaičių, pateiktų ieškinių skaičių ir jų kainą, atsakomybės draudimo lygius ir draudimo nuo nelaimingų atsitikimų įmokas, bei teisės doktrinos, tiek rašytinės, tiek bendrosios teisės, pokyčius – yra prieinami ir nėra prastesni ar sunkiau valdomi negu daugybės kitų ekonominių teorijų patikrinimui reikalingi duomenys. Tačiau iš tikrųjų buvo atlikta tik labai nedaug pozityviosios ekonominės teisės teorijos statistinių testų. Vietoje to analitikai daugiausia apsiribodavo teisės normų, doktrinų ir sprendimų turimų gerovę maksimizuojančių savybių kokybiniu įvertinimu. Būtų klaidinga manyti, kad taisyklės ir normos negali būti duomenys mokslui; kelios lingvistikos šakos, nagrinėjančios kalbos taisykles, yra mokslinės.[17] Tačiau teisės normų apibūdinimas kaip efektyvių ar neefektyvių, kai išlaidų ir gautos naudos apskaičiavimas neįmanomas ar tiesiog neatliekamas, kupinas subjektyvumo bei apsunkina teiginių, kad teorija buvo patvirtinta ar paneigta sugretinant ją su faktinėmis teisės normomis ar bylų sprendimais, vertinimą. Ekonomikos teorijos laisvumas čia nepadeda.

Tai rimta, bet perdėta kritika. Daugybė bendrosios teisės doktrinų, įskaitant Hando nerūpestingumo formulę, yra beveik visiškai ekonominės. Kitose numanoma ekonominė logika glūdi tiesiog paviršiuje. Lyginant trečias su analogiškomis kitų valstybių doktrinomis (pavyzdžiui, Angliją su Amerika) išryškėja skirtumai, aiškiai susiję su ekonominės padėties skirtumais – gyventojų tankumas, dirbamos žemės plotai ir t.t.[18]

[16] Daugumą jų galima rasti straipsnių rinkinyje „Symposium on Efficiency as a Legal Concern," 8 *Hofstra Law Review*, 485, 811 p. (1980); žr. taip pat Cento Veljanovski, „Legal Theory, Economic Analysis, and the Law of Torts," *Legal Theory and Common Law*, 215 p. (red. William Twinning, 1986); Peter Carstensen, Knygos *The Economic Structure of Tort Law* (Landes ir Posner) apžvalga, 86 *Michigan Law Review*, 1161 p. (1988); Tom Campbell, *Justice*, 5 sk. (1988); Frank I. Michelman, „Norms and Normativity in the Economic Theory of Law," 62 Minnesota Law Review, 1015 p. (1978). Pozityvaus požiūrio gynimo ieškokite Landeso ir Posnerio knygoje, 4-oji nuoroda, 1 sk.

[17] Žr. Frederick J. Newmeyer, *The Politics of Linguistics* (1986); *Historical Linguistics* (red. B. Brainerd, 1983); Theodora Bynon, *Historical Linguistics* (1977); William Labov, *Sociolinguistic Patterns* (1972); John T. Waterman, *Perspectives in Linguistics* (2 leidimas, 1970). Taip pat žr. Victor H. Yngve knygoje *Linguistics as a Science* (1986) išsakytą skeptišką požiūrį apie tai, ar kokia nors lingvistikos dalis yra pasiekusi mokslo statusą.

[18] Pavyzdžių žr. Landeso ir Posnerio knygoje, 4-oji nuoroda.

Gimininga pozityviosios teorijos kritika yra susijusi su tuo, kad ji arba buvo pripažinta klaidinga pačių jos šalininkų, arba yra per daug netinkamai apibrėžta, kad ją būtų įmanoma paneigti. Kadangi niekas netiki, kad kiekviena bendrosios teisės norma yra gerovę maksimizuojanti, arba kad kiekvienas įstatymas tiesiog perskirsto turtus kažkokios interesų grupės naudai, stipriausioji teorijos forma – kad ji teisingai paaiškina visuminį teisės sistemos funkcionavimą, kaip kadaise buvo manoma, kad Newtono fizika paaiškina kiekvieno visatos objekto judėjimą – lieka visiškai nepagrįsta. Kokia tuomet yra silpnoji forma, prie kurios linksta teorijos šalininkai? Arba kad pozityvioji teorija paaiškina daugumą teisės normų, arba tiesiog kad ji atpažino viena veiksnį, galbūt vieną iš daugelio, darantį įtaką teisės normų kūrimui.

Ekonominis požiūris į teisę

Bet kuri teorijos forma yra nepakankama, nes ji nepaaiškina nemažai, galbūt daugumos, reiškinių, kuriems paaiškinti ji skirta, nepateikdama jokių siūlymų, kaip galima būtų sumažinti šią didelę nežinios liekaną.

Kitas prieštaravimas susijęs su tuo, kad nėra tinkamo paaiškinimo, kodėl teisėjai bendrosios teisės doktriną turėtų formuoti gerovės maksimizavimo principo nurodyta kryptimi.[19] Anksčiau aptartas evoliucinis aiškinimas netinka. Laikotarpiai, per kuriuos bendroji teisė „išsivystė", yra pernelyg trumpi, kad atsitiktinis procesas lemtų efektyvių taisyklių susiformavimą, ir konkretų postuluojamą atsitiktinį procesą (polinkis mieliau spręsti bylas, kurių objektas yra didelis, nei bylas, kurių objektas yra mažareikšmis) tikriausiai nulemtų kiti teisės normų determinantai, pirmiausia – politikos, kuria vadovaujasi teisėjai, tikslai. Aiškinimai, kurie akcentuoja teisėjų paskatas, klysta dėl ekonomistą erzinančio fakto, kad teismo procesas atsiriboja nuo svarbiausių paskatų, kurias ekonomistai naudoja elgesiui nuspėti. Teisėjų įdarbinimo sąlygos skirtos padaryti teisėją nesuinteresuotu jo piniginio savanaudiškumo požiūriu, tuo, kokius sprendimus jis priima. Piniginis savanaudiškumas nepašalina ekonominės savanaudiškumo sampratos. Tačiau identifikuoti kitus aspektus gali būti sunku. Nors teisėjai yra tiek pat savanaudiški kaip ir kiti žmonės, tačiau atvejis, kai konkretus sprendimas teisėjo savanaudiškumą skatintų kitaip nei suteikdamas jam satisfakciją dėl pareigų atlikimo (tai gali skatinti ideologiją, netgi tokią, apie kurią jis nežino) geriausiu būdu pagal savo sugebėjimus, yra išimtinis, ir neatrodo, jog ši konkreti taisyklė lengvai pasiduoda ekonominei analizei.

Be to, menkai suprantant teisėjų paskatas, yra mažiausiai tikėtina, kad jos stumia teisėjus link bendrosios teisės normų kūrimo, skatinančio daugiažodiškumą, o ne stiprią socialinę rinkos veikimo politiką. Tai gali būti vienintelė socialinė politika, kurią teismo proceso priemonės leidžia teisėjams plėtoti nuosekliu ir gana neginčijamu bū-

[19] Naudingą aptarimą žr. Paul H. Rubin, „The Objectives of Private and Public Judges: A Comment", 41 *Public Choice*, p. 133 (1983).

du; tokiu atveju gerovės maksimizavimas siūlo teisėjams patogų bei socialiai naudingą kelrodį. Prieštaraujant tam būtų galima įrodinėti, kad teisės normų formulavimas teisėjų nuomonėse yra savimoniška, ekspresyvi veikla, nepanaši į vartotojo reakciją į susijusių kainų pokytį; todėl, jei gerovės maksimizavimas iš tikrųjų būtų bendrosios teisės varomoji jėga, galėtume tikėtis, kad teisėjai vartoja ekonomikos leksiką – ypač dabar, kai ekonomikos analitikai išplėtė tą leksiką taip, kad ji apimtų teisės doktriną. Tačiau ekonomikos leksika yra skirta ekonomistams. Kai teisėjai, susidūrę su ekonomikos dalykais, kalba skirtingomis sąvokomis, mes neturėtume labiau nustebti negu tuo atveju, kai verslininkai ribinius kaštus prilygina ribinėms pajamoms tų sąvokų nevartodami ir dažnai nežinodami, ką jos reiškia. Be to, mes turėtume atsižvelgti į tai, jog bet kokia „teisėjų nuomonės konstrukcija yra giluminė, ne tokia, kuri iš karto yra aiški pažvelgus į tekstą", kadangi bendrosios teisės sistema (kaip ir apskritai anglų ir amerikiečių teismo procesas) neturi „aiškiai apibrėžtos teisinės nuomonės formos, pateisinančios medžiagos nekintančio kanono arba susitarimo, kuris efektyviai nuasmenintų teismo nuomonę."[20]

Paskutinis svarbus pozityviosios ekonominės teisės teorijos kritikos argumentas bei tiltas į normatyvinės teorijos kritiką yra tai, kad gerovės maksimizavimas yra tokia nenuosekli ir antipatiška socialinė norma, kad yra nesuprantama, kaip teisėjai galėtų ja remtis. Šio kritikos argumento aptarimą trumpam atidėsiu ir paprašysiu skaitytoją laikinai sutikti su kito skirsnio išvada: kaip universali socialinė norma gerovės maksimizavimas iš tikrųjų yra netinkama, tačiau patraukli ar bent pateisinama tuomet, kai apsiribojama bendrosios teisės sritimi. Atsižvelgdami į šią išlygą pažvelkime į pozityviąją teoriją. Ji aiškiai turi daug trūkumų; teisės teorija dar neturėjo savo Izaoko Newtono arba savo Adamo Smitho. Šie trūkumai negali būti pašalinti teigiant, jog teoriją galima paneigti tik pasiūlant geresnę teoriją. Šis teiginys yra teisingas – kaip kitaip galima paneigti teoriją? – tačiau banalus. Jei vienintelis pasiūlytas teorinis reiškinio paaiškinimas yra neįtikinamas, nepaisant konkuruojančio paaiškinimo nebuvimo, kas nors tą reiškinį turi teisę laikyti nepaaiškintu. Galbūt yra priverstas tai daryti: konkuruojančių paaiškinimų nebuvimas yra priežastis paaiškinimu tikėti, tačiau jei, nepaisant to, jūs juo netikite, jo šalininkas negali priversti jūsų juo patikėti vien tik teigdamas, kad nėra jokių konkuruojančių paaiškinimų. Visuomenės (kaip ir gamtos) mes dar gerai nepažįstame.

Tačiau tai būtų netinkamas tonas baigti pozityviosios ekonominės teisės teorijos aptarimą. Neskaitant jos mokomosios reikšmės, leidžiančios bendrosios teisės normų ir doktrinų kratinį sudėti į darnią sistemą, teorija įspėjo teisės mokslininkus apie mokslinio teisės teorizavimo galimybę bei paskatino juos ieškoti konkuruojančių teorijų, nors iki šiol ši paieška buvo gana bergždžia. Be to, pozityvioji ekonomikos teorija savo švelniausia forma gali pretenduoti į tam tikrą empirinę paramą. Atrodo, kad in-

[20] A.W.B. Simpson, „Legal Reasoning Anatomized: On Steiner's *Moral Argument and Social Vision in the Courts*", 13 *Law and Social Inquiry*, p. 637, 638 (1988).

tuicijos apie gerovės maksimizavimą dažniausiai darė įtaką bendrosios teisės doktrinoms ir kad rašytinė teisė iš tikrųjų kur kas labiau atspindi interesų grupių spaudimą. Nors iš turimų įrodymų būtų pernelyg radikalu daryti išvadą, kad bendrosios teisės logika buvo gerovės maksimizavimas, o rašytinės teisės logika – gerovės perskirstymas, šis teiginys atskleidžia dalį tiesos ir, grįžtant prie vieno iš pagrindinių šios knygos klausimų, silpnina tvirtinimus, jog teisė yra nuo socialinės minties ir veiksmo savarankiška sritis.

Radikalus Popperio šalininkas į tai gali atsakyti, kad, jei yra bent vienas anomalumo pastebėjimas, šiame kontekste – bent viena bendrosios teisės taisyklė, doktrina arba sprendimas, kurie yra neefektyvūs, ar bent viena rašytinės teisės norma, kuri yra efektyvi, pozityvioji ekonominė teisės teorija yra paneigiama. Tačiau toks atsakymas reikštų klaidingą mokslo metodo supratimą.[21] Gamtos dėsnis, kad vanduo užverda esant 212 laipsnių pagal Farenheito skalę temperatūrai, nepaneigiamas pastebėjus, jog dideliame aukštyje jis užverda esant žemesnei temperatūrai; šiuo atveju apribojamas tik jo galiojimas. Dėsnį mes priskiriame prie platesnės teorijos apie šilumos poveikį. Vieną dieną tai, ką aš vadinu pozityviąja ekonomine teisės teorija, bus priskirta platesnei – galbūt, nors ir nebūtinai, ekonominei – socialinės elgsenos, mūsų vadinamos teise, teorijai. Dabar, kaip ir principas, kad vanduo užverda esant 212 laipsnių temperatūrai, ekonominė teisės teorija tėra sąlyginė taisyklė arba prielaida – tinkama vieta pradėti, nors nebūtinai užbaigti, teisės nagrinėjimą pozityviuoju požiūriu.

Normatyvinės teorijos kritika

Klausimas, ar gerovės maksimizavimas turi lemti teisinę politiką – apskritai arba tik bendrosios teisės srityse (šalia tų rašytinės teisės sričių, kuriose teisės kūrėjas siekia skatinti efektyvumą: galimas to pavyzdys yra antimonopolinė teisė) – paprastai atskiriamas nuo klausimo, ar ji lėmė teisinę politiką, išskyrus tiek, kiek pozityviąją teoriją gali susilpninti normatyvinės teorijos trūkumai. Šios dvi teorijos iš tikrųjų nėra tiek atskiriamos,[22] o tai vėl rodo aiškios ribos tarp teiginių „yra" ir „turi" nebuvimą. Vienas iš dalykų, kuriuos teisėjai turi daryti – tai vadovautis precedentu, tačiau lanksčiai; todėl, jei efektyvumas yra bendrosios teisės doktrinos varomasis principas, teisėjai turi tam tikrą pareigą priimti sprendimus, kurie būtų suderinami su efektyvumo reikalavimu. Tai yra viena iš priežasčių, kodėl bendrosios teisės pozityvioji ekonomikos teorija yra taip ginčijama.

[21] Plg. William C. Wimsatt, „False Models as Means to Truer Theories", leidinyje *Neutral Models in Biology*, p. 23 (red. Matthew H. Nitecki ir Antoni Hoffman, 1987). Pats Popperis, kaip aš sakiau, su tuo nebesutiktų.

[22] Už tai esu dėkingas Stevenui Hetcher.

Normatyvinė teorija yra ginčytina pati savaime. Dauguma jos kritikų daro išvadą, kad tai yra neteisinga teorija, ir nors daugelį šios kritikos teiginių galima atremti, keleto jų, ir būtent apie juos aš kalbėsiu, – ne.[23]

Pirmasis iš jų teigia, kad gerovės maksimizavimui, kaip socialinio veiksmo pagrindui, būdingas neišbaigtumas, kadangi ja remiantis negalima atsakyti į klausimą apie teisių paskirstymą – arba bent išgirsti tai, ką mes norime girdėti. Teisių paskirstymo (koks jis bebūtų) kontekste gerovės maksimizavimu galima remtis nustatant politikos kryptis, kurios maksimalizuos tų teisių vertę. Tačiau to nepakanka, nes mes, žinoma, trokštame sužinoti, ar būtų teisinga gyventi visuomenėje, kurioje, tarkim, vienas narys valdo visus kitus. Jei gerovės maksimizavimas pradiniam teisių paskirstymui yra indiferentiška, ji išreiškia ribotą teisingumo sampratą.

Kadangi pradinis paskirstymas gali greitai išsisklaidyti,[24] šis klausimas gali turėti menką praktinę reikšmę. Be to, gerovės maksimizavimas nėra visiškai nenaudinga atsakant į klausimą dėl pradinio paskirstymo. Jei mes galėtume palyginti dvi visais kitais aspektais identiškas besiformuojančias visuomenes, vienoje kurių vienas asmuo valdo visus kitus, o kitoje vergovė yra uždrausta, ir tą palyginimą pakartoti praėjus vienam amžiui, beveik neabejotinai atrastume, kad antroji visuomenė yra turtingesnė, o pirmoji – panaikino vergovę (jei taip – tai dar kartą parodytų ribotą pradinio paskirstymo poveikį esamam paskirstymui). Nors tai ne visada ir ne visur pasitvirtino, tačiau šiuolaikinėmis gamybos sąlygomis vergovė yra neveiksmingas gamybos organizavimo būdas. Prievartinė darbo jėga, kurią naciai plačiai naudojo Antrajame pasauliniame kare, gali pasirodyti kaip išimtis, tačiau tik tuo atveju, jei nekreipsime dėmesio į prievartinių darbininkų darbo ir gyvenimo sąlygas.

Šis atsakymas į teiginį, kad gerovės maksimizavimas mums kažką sako apie pradinio teisių paskirstymo teisingumą, yra dalinis. Įsivaizduokime situaciją – tokia situacija beveik neabejotinai egzistuoja – kad kai kurių žmonių veikla šiuolaikinėje Amerikos visuomenėje būtų produktyvesnė jiems būnant vergais nei laisvais asmenimis. Tai nėra antisocialūs žmonės, kuriuos mes norime bausti uždarydami į kalėjimą (ver-

[23] Pagrindinius kritikos teiginius žr. Jules L. Coleman, „Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law", 94 *Ethics*, p. 649 (1984); Coleman, *Markets, Morals, and the Law*, 2-ąją dalį (1988); Ronald M. Dworkin, „Is Wealth a Value?", 9 *Journal of Legal Studies*, p. 191 (1980), perspausdintą leidinyje Dworkin, *A Matter of Principle*, 12-ame skyriuje (1985); Anthony T. Kronman, „Wealth Maximization as a Normative Principle", 9 *Journal of Legal Studies*, p. 227 (1980); Nicholas Mercuro ir Timothy P. Ryan, *Law, Economics, and Public Policy*, p. 130–137 (1984); Joseph M. Steiner, „Economics, Morality, and the Law of Torts", 26 *University of Toronto Law Journal*, p. 227 (1976); Ernest J. Weinrib, „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", 30; ten pat, p. 307 (1980). Atsakymus į kai kurią kritiką žr. „Wealth Maximization Revisited", 3-ioji nuoroda; Lloyd Cohen, „A Justification of Social Wealth Maximization as a Rights-Based Ethical Theory", 10 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 411 (1987); D. Bruce Johnsen, „Wealth is Value", 15 *Journal of Legal Studies*, p. 263 (1986).

[24] „Beveik visi protėvių užgyvento turto teikiami privalumai ir trūkumai išnyko per tris kartas." Gary S. Becker ir Nigel Tomes, „Human Capital and the Rise and Fall of Families", 4 *Journal of Labor Economics*, p. S1, S32 (1986).

govės, kuri toleruojama, forma); jie nėra psichiškai nesveiki arba protiškai atsilikę; jie tik yra tingūs, neatsakingi, neorganizuoti ir nedisciplinuoti – t.y. žmonės, nesugebantys tvarkyti savo pačių gyvenimo taip, kad maksimizuotų savo našumą, net jei našumas, apie kurį čia kalbame, nėra vien tik rinkos našumas, bet apima ir laisvalaikį, šeimos ryšius bei visus kitus satisfakcijos sau ir aplinkiniams šaltinius. Tokių žmonių pavergimas reikštų gerovės maksimizavimą, su sąlyga, kad išlaidos priežiūrai nėra pernelyg didelės; tačiau prielaida, kad minėtos išlaidos nebūtų pernelyg didelės, paverčiama teiginiu, jog minėtų žmonių našumas būtų didesnis jiems būnant vergais nei laisvais asmenimis dėl to, kad mus domina tik grynas našumas. Be to, niekas nemano, jog tokių žmonių pavergimas būtų teisinga priemonė, nesvarbu, kad nebūtų jokių akivaizdžių problemų juos identifikuoti, kad vergų šeimininkai būtų įpareigoti elgtis su savo vergais humaniškai ir t.t.; šios sąlygos taip pat gali būti numanomos teigiant, jog kai kurių žmonių grynas socialinis produktyvumas būtų didesnis jiems būnant vergais.

Nereikia kalbėti apie tai, jog tokius žmones paversti vergais būtų neefektyvu, išskyrus atvejį, jei jie sutiktų būti pavergtais, t.y. jei tariamasis vergų šeimininkas sutiktų su kaina, kurią jie prašo už savo laisvę. Žodžiais „jų laisvė" numanoma, kad jie turi nuosavybės teisę į savo asmenį; tačiau tokia prielaida yra sąlyginė. Galime įsivaizduoti nuosavybės teisių į asmenis (tikriausiai tik į asmenis, kurie, manoma, yra neproduktyvūs) perleidimą aukciono būdu didžiausią kainą pasiūliusiam asmeniui. Numatomas vergas galėtų nustatyti savo kainą numatomam šeimininkui, tačiau pralaimėtų. Jo numatomos pajamos, neskaitant to, kas suvartojama, būtų mažesnės nei numatomas šeimininko pelnas; priešingu atveju vergovė būtų neefektyvi. Todėl jis negalėtų pakankamai skolintis – nei jei kapitalo rinka veiktų be jokių trikdžių (šiame kontekste – net jei paskolos davėjas galėtų pavergti skolininką pastarajam nevykdant savo įsipareigojimų!) – kad prašoma kaina pranoktų jo numatomo šeimininko siūlomą kainą.

Šis pavyzdys atskleidžia gilesnį gerovės maksimizavimo, kaip normos arba vertybės, trūkumą: kaip ir utilitarizmas, kurį ji labai primena, arba nacionalizmas, socialinis darvinizmas, rasizmas arba organinės teorijos apie valstybę, ji žmones laiko vieningo organizmo ląstelėmis; ląstelės gerovė svarbi tik tiek, kiek ji skatina viso organizmo gerovę. Gerovės maksimizavimas reiškia, kad, jei visuomenės klestėjimas gali būti skatinamas mažiausiai produktyvius jos narius paverčiant vergais, yra verta paaukoti jų laisvę. Tačiau ši prielaida prieštarauja nepajudinamoms amerikiečių moralinėms intuicijoms ir, kaip aš akcentavau paskutiniame skyriuje, atitiktis intuicijai yra svarbiausias moralinės (iš tikrųjų – bet kurios) teorijos kriterijus.

Ankstesni skyriai atskleidžia prieštaravimus tarp moralinių intuicijų, kurios darė poveikį teisei, ir gerovės maksimizavimo. Pirma, prisiminkime, kad korektyvinio teisingumo idėja pagrįstai gali apimti teiginį, kad nukentėję žmonės turi turėti teisę į tam tikrą kompensaciją net tuomet, kai, remiantis bendru socialiniu požiūriu, geriausia būtų praeities skriaudą užmiršti. Tokia idėja gerovės maksimizavimu grindžiamoje sistemoje reikšmės neturi. Antra, nesavanoriško prisipažinimo draudimas grindžiamas

laisvos valios samprata, kuri gerovės maksimizavimo sistemoje reikšmės taip pat neturi, net jei atitinkama teisėje naudojama laisvos valios samprata laisvą valią prilygina gebėjimui racionaliai rinktis, o toks gebėjimas yra esminis ekonomikoje. Prisipažinimų teisėtumas sistemoje, visiškai skirtoje gerovės maksimizavimui, visiškai priklausytų nuo įvairių prievartos formų, nuo atviro kankinimo iki palyginti švelnaus mūsų teisės sistemos toleruojamo psichologinio spaudimo, sąnaudų ir naudos. Sąnaudų ir naudos analizė galėtų parodyti, kad kankinimas dabartinėmis sąlygomis vargu ar būtų efektyvus sąnaudų požiūriu, būtų brangus tardymo metodas (ypač aukai, tačiau tikriausiai ir kankintojui), galintis pateikti daugybę klaidingų versijų ir nepatikimų prisipažinimų. Kad ir labiausiai žeminančios kankinimo formos, netgi tiriant paprastus nusikaltimus, nebūtinai turi būti atmetamos. 5 skyriuje pateikiau mintį, kad sąnaudų ir naudos požiūris atvėrė galimybę prievartiniam prisipažinimui teisėje, tačiau tam tikru aspektu ši galimybė susidurtų su tvirtomis moralinėmis intuicijomis, kurios atrodo nesuderinamos su ekonominiu požiūriu, ir būtų jų atmesta.

Arba įsivaizduokime situaciją – tokia situacija gali būti – kad kai kurie religiniai tikėjimai yra ypač veiksmingi auklėjant teisę gerbiančius, produktyvius ir sveikus piliečius. Geras to pavyzdys yra mormonizmas. Ar nebūtų protinga vyriausybei tokius tikėjimus subsidijuoti grynai pasaulietiniais sumetimais, t.y. grynai gerovės maksimizavimo sumetimais? Kitų religinių tikėjimų išpažinėjai labai įsižeistų, tačiau gerovės maksimizavimo požiūriu vienintelis klausimas būtų – ar jų patiriamas praradimas būtų didesnis už naudą visai šaliai.

Dabar įsivaizduokime tikėjimą, kurio išpažinėjų Jungtinėse Valstijose yra nedaug, o likusi visuomenės dalis jų bijo arba neapkenčia. (Rastafariečių tikėjimas yra tinkamas pavyzdys.)[25] Tikėtina, jog toks tikėjimas iš likusios bendruomenės dalies reikalaus išlaidų ir, atsižvelgiant į tikėjimo išpažinėjų negausumą, tikėjimo teikiama nauda bus mažesnė nei dėl jo patiriamos išlaidos. Tuomet būtų galima teigti, jog gerovės maksimizavimas pateisina arba netgi reikalauja tokį tikėjimą uždrausti. Šis pavyzdys rodo kitą prieštaravimą gerovės maksimizavimo doktrinai, apie kurį užsiminta aptariant vergovės atvejį: jos pasekmės nevisiškai atitinka teiginius apie pradinį teisių paskirstymą – paskirstymą, kuris skiriasi nuo pradinio gerovės paskirstymo (kuris laikui bėgant vargu ar gali išlikti stabilus) ir apie kurį gerovės maksimizavimas vėlgi turi, palyginti, mažai ką pasakyti. Jei rastafariečiai supranta turį nuosavybės teises į savo religiją, kad valstybė arba kas nors kitas, norintis įsigyti tas teises ir uždrausti tą religiją, turi sumokėti jų prašomą kainą, tikriausiai tos teisės nebus parduotos. Prašomos kainos gali būti labai aukštos – iš esmės neribotos; už kiek paprastas žmogus parduotų savo gyvybę, jei pirkimo–pardavimo sandoris turėtų būti įvykdytas nedelsiant?[26] Kita vertus, jei teisės išpažinti religiją yra perleidžiamos kitai visuomenės daliai, kuri

[25] Žr. Reed v. Faulkner, 842 F.2d 960 (7-oji apygarda, 1988); „Soul Rebels: The Rastafarians and the Free Exercise Clause", 72 *Georgetown Law Journal*, p. 1605 (1984).

[26] Mes, aišku, „pardavinėjame" numanomo gyvenimo metus gyvendami nesveiką gyvenimą, kultivuodami pavojingą sporto šaką, pernelyg greitai važinėdami ir kt.

nepriklauso rastafariečiams, pastariesiems gali pasidaryti nebeįmanoma atpirkti tas teises; jų siūlomą kainą ribos jų grynasis turtas, kuris gali būti kuklus.

Nėra jokių abejonių, kad šioje šalyje šiuo metu ir šiame amžiuje religijos laisvė sąnaudų prasme yra efektyvi politika. Platesniu požiūriu, realistinė utilitarizmo samprata, t.y. tokia, pagal kurią, atsižvelgiant į žmogaus prigimties realybę, utilitarizmą išpažįstanti visuomenė reikalauja taisyklių bei institucijų, kontroliuojančių naudą maksimizuojančius veiksmus konkrečiais atvejais, gali pareikalauti teisių sistemos – galbūt tokios, kokią turime mes. Pavyzdžiui, nors ir galima įsivaizduoti pavienius atvejus, kai sąmoningas nekalto asmens pripažinimas nusikaltėliu padidintų bendrą naudą, būtų sunku įsivaizduoti sistemą, kurioje valdžios pareigūnams galėtų būti patikėta priimti tokius sprendimus.[27] „Gerovę maksimizuojantis" gali būti pakeistas žodžiu „utilitarinis" be jokio poveikio analizei. Religijos laisvė gali būti ir naudą maksimizuojanti, ir gerovę maksimizuojanti, ir tai netgi gali būti priežastis, kodėl mes ją turime. Ir jei ji sąnaudų prasme taptų pernelyg brangi, tikriausiai būtų panaikinta; tas pats pasakytina ir apie kankinimų draudimą, ir apie kitus civilizuotus turtingos visuomenės patogumus, kuriuos teikia valstybė. Jei nusikalstamumo lygis mūsų visuomenėje būtų daug žemesnis nei yra, tikriausiai mes neturėtume mirties bausmės; ir jei jis labai išaugs, mes neabejotinai turėsime mažiau pilietinių teisių.

Tačiau bent jau dabartinėmis palyginti geromis mūsų visuomenės sąlygomis dėmesys individualiai laisvei, atrodo, peržengia instrumentinius motyvus; atrodo, jog laisvė kaip tokia vertinama labiau už jos indėlį į gerovę – arba bent jau vertinama dėl ne vien su ekonominiu išskaičiavimu susijusių priežasčių. Ar visuomenei utilitarizmo arba gerovės maksimizavimo prasme iš tikrųjų geriau dėl ypač išplėtotų procesinių teisių apsaugos priemonių, kurias Teisių bilis suteikia teisiamiesiems? Tai visiškai neaišku. Ar mažumos teisės, kai atitinkama mažuma yra iš tikrųjų maža, reiškia gerovės maksimizavimą? Tai vėlgi neaišku, kaip parodė rastafariečių pavyzdys. Svarbiausios priežastys, dėl kurių šie institutai vertinami savo pobūdžiu, atrodo, nėra nei utilitarinės, nei netgi instrumentinės. Kokios tos priežastys – toli gražu nėra aišku; iš tikrųjų „neinstrumentinė priežastis" yra beveik oksimoronas. Ir, kaip jau minėjau, už laisvę mes tikrai nenorime mokėti neribotos kainos, netgi nelabai didelės. Pasmerkdami vergovę, mes tai kompensuojame panašia (tačiau efektyvesne) praktika kitokiais pavadinimais: įkalinimu kaip bausme už nusikaltimą, prevenciniu sulaikymu, tėvų ir mokyklos administracijos valdžia vaikams, karine prievole, psichiškai nesveikų žmonių patalpinimu į tam tikrą įstaigą. 13-oji pataisa buvo aiškinama siaurai. Nors vienintelė nustatyta išimtis yra bausmė už nusikaltimą („Jungtinėse Valstijose ir bet kurioje kitoje jų jurisdikcijai priklausančioje teritorijoje neegzistuoja nei vergovė, nei prievartinis pavergimas, išskyrus bausmę už nusikaltimą, dėl kurio šalis yra tinkamu būdu nuteisiama"), įstatymai, įpareigojantys atlikti prisiekusiųjų funkci-

[27] Žr. Russell Hardm, „The Utilitarian Logic of Liberalism", 97 *Ethics*, p. 47, 62–67 (1986); Hardin, *Morality within the Limits of Reason*, p. 101–105 (1988); John Rawls, „Two Concepts of Rules", 64 *Philosophical Review*, p. 3, 10–11 (1955).

jas, karinę tarnybą arba netgi dirbti valstybiniuose keliuose, buvo pripažinti teisėtais.[28] Mes smerkiame fizinių kančių sukėlimą kaip būdą išgauti prisipažinimą arba nubausti, tačiau, tikriausiai nevalingai pasiduodami pasenusiam sielos ir kūno dualizmui, jį pakeičiame psichinių kančių sukėlimu dėl tų pačių tikslų.

Vis dėlto nepaisydami veidmainiškumo ir nenuoseklumo, kuriuo mūsų politinė etika gali dažnai pasižymėti, mes neleidžiame žeminančio kišimosi į individo autonomiją vien tik vadovaudamiesi tuo, kad, bendrai paėmus, toks įsikišimas reikštų grynąjį socialinės gerovės prieaugį. Kad ir koks būtų šio požiūrio filosofinis pagrindas,[29] jis mūsų visuomenėje dabar yra pernelyg giliai įsišaknijęs, kad gerovės maksimizavimui nebūtų jokių ribų. Tą patį galima pasakyti ir apie korektyvinio teisingumo jausmo liekaną.

Aš nieko nepasakiau apie konfliktą tarp gerovės maksimizavimo ir gerovės lygybės, kadangi dėl egalitarinio jausmo mūsų visuomenėje stiprumo esu mažiau tikras nei dėl individualistinio jausmo („individualizmą" aš suprantu tiesiog kaip agregatyvinių filosofijų, tokių kaip utilitarizmas ir gerovės maksimizavimas, konkurentą). Tačiau konfliktas egzistuoja ir jis parodo kitą svarbų gerovės maksimizavimo kritikos aspektą, net jei kritikas nėra egalitarinių pažiūrų. Įsivaizduokime, kad turi būti paskirstytos ribotos augimo hormono, gaminamo ir pardavinėjamo privataus subjekto, atsargos. Turtingi tėvai nori hormono todėl, kad jų vidutinio ūgio vaikas išaugtų aukštas; neturtingi tėvai nori hormono todėl, kad jų žemaūgis vaikas galėtų paūgėti iki normalaus ūgio. Gerovės maksimizavimo sistemoje turtingi tėvai už hormoną galėtų pasiūlyti didesnę kainą ir jį įsigydami nukonkuruoti neturtingus tėvus. Tai nėra aišku. Norui mokėti gerovės dydis tėra vienas iš veiksnių. Neturtingi tėvai už hormoną galėtų pasiūlyti visą savo užgyventą turtą ir šis turtas, nors ir menkas, gali viršyti tą pinigų sumą, kurią už hormoną yra pasirengę mokėti turtingi tėvai, atsižvelgdami į alternatyvių jų pinigų investavimo galimybių egzistavimą. Be to, neturtingiems tėvams surinkti didesnę nei turtingų tėvų siūloma pinigų sumą, viršijančią jų savus išteklius, galėtų padėti altruistai. Iš tikrųjų neturtingųjų padėtis galėtų būti geresnė tokioje sistemoje, kurioje hormono paskirstymas paliekamas privačiai rinkai, net jei joje nėra altruizmo reiškinio. Tokia sistema sukurtų paskatą hormoną gaminti ir parduoti greičiau, ir galbūt mažesne kaina nei tuo atveju, jei jo paskirstymą kontroliuotų vyriausybė; kadangi gamybos kaštai privačiame sektoriuje tikriausiai būtų mažesni už gamybos kaštus valstybiniame sektoriuje, ir net monopolininkas, sumažėjus jo kaštams, sumažins kainą.

[28] Žr. Hurtado v. JAV, 410 U.S. 578, 589, 11-oji nuoroda (1973); Selective Draft Law Cases, 245 U.S. 366, 390 (1918); Butler v. Perry, 240 U.S. 328 (1916); plg. Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275, 288 (1897). Čia netinka *expressio unius est exclusio alterius*!

[29] Galbūt tai yra kantiškoji prasmė, kad mes neturime vienas kito laikyti tik objektais (5 skyriuje aš įrodinėjau, kad baudžiamoji teisė taip daro ir turi taip daryti). Žr. P.F. Strawson, „Freedom and Resentment", leidinyje Strawson, *Freedom and Resentment, and Other Essays*, p. 1, 9 (1974).

Kita vertus, šiame etiniame kontekste, atrodo, negalima įtikinamai teigti, kad turtingi tėvai turi teisę įsigyti hormoną dėl to, kad jie yra pasirengę mokėti tiekėjui daugiau nei įstengia neturtingi tėvai; platesne prasme – vartotojai turi teisę pirkti laisvoje rinkoje. Šių teiginių iš gerovės maksimizavimo kildinti negalima. Iš tikrųjų jie labiau primena teiginius apie sandorių sudarymo laisvę nei paskirstymą tik dėl to, kad aš rėmiausi prielaida, jog augimo hormonas yra gaminamas ir paskirstomas išimtinai laisvos rinkos sąlygomis. Alternatyvi galimybė valstybei būtų įsigyti hormoną nuosavybės teise ir skirstyti jį pagal poreikius, o ne pagal pasirengimą mokėti. Prieštaravimas šiai alternatyvai (apie socialistinę mediciną čia nekalbama) pareikalautų apeliavimo giliai prieštaringa prigimtinės teisės į privačią nuosavybę idėja arba grynai instrumentiniais motyvais, pavyzdžiui, tikimybe, jog ilgalaikėje perspektyvoje neturtingųjų padėtis laisvos augimo hormono rinkos sąlygomis pagerės; tačiau toks šio klausimo sprendimo požiūris reiškia, jog neturtingieji turi tam tikrą socialinės pretenzijos rūšį dėl to, kad jie neturtingi. Taip pripažįstama egalitarinių motyvų reikšmė ir peržengiamos gerovės maksimizavimo ribos.

Stipresnis argumentas pasisakant už laisvos rinkos sprendimą, atrodo, yra tai, kad hormono išradėjas turi turėti teisę jį naudoti savo nuožiūra, o tai apima teisę parduoti jį tam, kas pasiūlo didžiausią kainą. Tačiau šis argumentas atrodo stipresnis tik todėl, kad mes linkę manyti, jog atsitiko taip, kad po hormono išradimo vyriausybė nusprendė atimti iš išradėjo atlyginimą, dėl kurio jis plušėjo. Jei vietoj to mes įsivaizduotume, kad Kongresas 1989 m. priima įstatymą, numatantį, jog po 2000 m. teisė patentuoti naujus vaistus priklausys nuo patento pareiškėjo sutikimo riboti jo prašomą kainą, mums būtų sunku prieštarauti tokiam įstatymui dėl etinių, skirtingai nuo praktinių, motyvų. Tai būtų tik dar vienas laisvos rinkos suvaržymas.

11 skyriuje matėme, kodėl teisingumo prigimtinių teisių teorijos ieškojimas vargu ar bus sėkmingas. Nors gerovės maksimizavimo šalininkas gali įrodinėti, jog gamintojams turėtų priklausyti jų darbo vaisiai, šis teiginys gali būti ginčijamas remiantis minėtame skyriuje išdėstytais argumentais – gamyba iš tikrųjų yra labiau socialinė nei individuali pastanga; prie to galima pridurti, jog gerovė dažnai gali atsirasti labiau dėl sėkmės (bet ne dėl genetinės loterijos sėkmės) nei dėl įgūdžių arba pastangų. Be to, jei taip didžiai žavimasi altruizmu, kaip tai daro tiek konservatoriai, tiek liberalai, kodėl jo dvasia neturėtų įkvėpti teisėkūros? Kodėl mūsų vyriausybė turėtų saugoti tik mūsų savanaudiškus instinktus? Į tai galima atsakyti, kad altruizmo dvasia reiškia savanorišką davimą. Tačiau atsakymas nėra pagrįstas. Svariausia priežastis, dėl kurios mes vertiname altruizmą, yra ta, kad mes trokštame tam tikro perskirstymo – mes galime žavėtis altruistu dėl jo pasiaukojimo, tačiau juo nesižavėtume, jei jis savo turtą sunaikintų, o ne išdalytų kitiems – ir manome, kad savanoriškas perskirstymas kainuoja mažiau nei prievartinis. Jei perskirstymas yra pageidautinas, tam tikras prievartinis perskirstymas gali būti pateisinamas, žinoma, atsižvelgiant į kainą, o ne į dalyko esmę.

Siekiant gerovės maksimizavimą pagrįsti prigimtinių teisių samprata, egzistuoja dar didesnė problema. Ekonominė perspektyva yra visiškai (ir naudingai) bihevioristinė. „Ekonominis žmogus" nėra, kaip paprastai manoma, asmuo, kurio elgesį lemia vien tik

piniginės paskatos – jis yra asmuo, kurio elgesį visiškai lemia paskatos; jo racionalumas nesiskiria nuo balandžio arba žiurkės racionalumo. Gerovės maksimizavimo požiūriu ekonominė užduotis – daryti įtaką asmens paskatoms taip, kad būtų maksimizuotas jo našumas. Kaip taip suvokiamas asmuo gali turėti moralinę teisę į konkretų visuomenės gerovės paskirstymą – teisę, sakykime, į tą dalį, kuri atitinka jo indėlį į visuomenės gerovę – neaišku. Ar švilpikai turi moralines teises? Maišomi du diskurso lygiai.

Abejodamas antiegalitariniais argumentais aš neturiu tikslo pritarti egalitariniams. 11 skyriuje atkreipiau dėmesį į keletą jų trūkumų ir čia pateikiu dar vieną. Egalitarizmo šalininkas linkęs teigti, kad intelekto skirtumai, kurie dažnai persikelia į našumo skirtumus, yra natūralios loterijos rezultatas ir dėl to negali lemti teisių. Tačiau jei intelekto skirtumai iš tikrųjų, kaip teigiama, yra genetiniai, tuomet paneigiami liberalizmo ir radikalizmo argumentai dėl kapitalistinės visuomenės išnaudotojiško pobūdžio. Intelekto skirtumų ir dėl to atsirandančių našumo skirtumų genetinis pagrindas reiškia, kad pajamų ir gerovės paskirstymo nelygybė dažniausiai yra natūrali (tuo nenorima pasakyti, kad tai pagrįsta morališkai), o ne neteisingų socialinių ir politinių institutų padarinys. Tai taip pat reiškia, kad tokiai nelygybei būdingas stiprus priešinimasis socialinėms bei politinėms pastangoms ją keisti.

Svariausias argumentas pasisakant už gerovės maksimizavimą yra ne moralinis, bet pragmatinis. Tokiems klasikiniams laisvos rinkos propaguotojams kaip Millio veikalo *On liberty* 4 skyrius gali būti lengvai suteikiama pragmatinė prasmė.[30] Apsižvalgę po pasaulį įsitikinsime, kad apskritai žmonės, gyvenantys visuomenėse, kuriose rinkai leidžiama veikti daugiau ar mažiau laisvai, yra ne tik turtingesni nei žmonės kitose visuomenėse, bet ir turi daugiau politinių teisių, daugiau laisvės ir orumo, yra labiau patenkinti (tai rodo, pavyzdžiui, jų mažesnis noras emigruoti). Taigi gerovės maksimizavimas gali būti tiesiausias kelias į daugybę moralių tikslų. Nesena Anglijos, Prancūzijos ir Turkijos, Japonijos ir Pietryčių Azijos, Rytų ir Vakarų Vokietijos, Šiaurės ir Pietų Korėjos, Kinijos ir Taivano, Čilės, Tarybų Sąjungos, Lenkijos ir Vengrijos, Kubos ir Argentinos istorija šią tezę neabejotinai patvirtina.[31]

[30] Kitą puikų pragmatišką pasisakymą už ekonominį liberalizmą žr. Arnold C. Harberger, „Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics: An Interpretive Essay", jo knygoje *Taxation and Welfare*, p. 5 (1974). Apskritai žr. C.L. Ten pat, *Mill on Liberty* (1980); Norman P. Barry, *On Classical Liberalism and Libertarianism* (1987).

[31] Žr., pavyzdžiui, Samuel Brittan, *The Role and Limits of Government: Essays in Political Economy*, 10-ąjį skyrių (1983); Alan Ryan, *Property and Political Theory*, 7-ąjį skyrių (1984); Nick Eberstadt, *The Poverty of Communism* (1988); John McMillan, John Whalley ir Lijing Zhu, „The Impact of China's Economic Reforms on Agricultural Productivity Growth", 97 *Journal of Political Economy*, p. 781 (1989); Paul Wiedemann, „Comparing the Process of Socio-Economic Development in Market and Non-Market Economies: The EEC and CMEA", 8 *Cambridge Journal of Economics*, p. 311 (1984); Janos Horvath, „Economic Reform in Hungary: Role of Plan and Market" 4 *Cato Journal*, p. 511 (1984); Francis G. Castles, „Whatever Happened to the Communist Welfare State?", 19 *Studies in Comparative Communism*, p. 213 (1986); Jerry Z. Muller, „Capitalism: The Wave of the Future", 86 *Commentary*, 1988 m. gruodis, p. 21. Naujas tendencijas laisvosios rinkos link lygindamas su ilga kapitalizmo vaizdavimo kaip esančio savo „vėlyvojoje" (ir paskutinėje) stadijoje istorija, Muller sarkastiškai komentuoja: „Po vėlyvojo kapitalizmo atsiranda daugiau kapitalizmo." Ten pat, p. 23.

Rašydamas 8-ojo dešimtmečio pradžioje anglų politikos filosofas Brianas Barry abejojo paskatų svarba. „Aš spėju", rašė jis, „kad žmonių, atliekančių specialistų ir valdymo funkcijas ir savo darbą iš tikrųjų mėgstančių, yra pakankamai (ir yra pakankamai kitų, kuriems tokį darbą dirbti patiktų ir kurie turi pakankamą kvalifikaciją jį dirbti, laukia pakeisti tuos, kurie tokio darbo dirbti nenori ar negali), kad būtų galima žymiai sumažinti už tokį darbą mokamą atlyginimą... Aš manyčiau, kad mokytojų ir socialinių darbuotojų darbo užmokesčio lygis Britanijoje reiškia gryną atlygį, dėl kurio pasamdoma ir išlaikoma pakankamas skaičius žmonių, ir kad tai yra darbo užmokesčio dydžių orientyras, kuris galėtų būti išlaikytas asmenims, atliekantiems specialistų ir valdymo funkcijas."[32] Jis atmetė „prielaidą, kad pakankama labai išsilavinusių žmonių pasiūla atsiras tik tuo atveju, jei ją skatins didesnių pajamų kaip išsilavinimo rezultato lūkestis", pridurdamas, jog „taip pat būtų pernelyg drąsu manyti, kad faktas, jog mažiau žmonių siekia aukštojo išsilavinimo, reikštų ekonominį praradimą" (p. 160 ir 3-ioji nuoroda). Jis pritardamas nagrinėjo švedų eksperimentą, susijusį su pajamų ir turto perskirstymu, tačiau manė, jog jam trukdo ta aplinkybė, kad „Švedijoje vis dar egzistuoja privatinės nuosavybės ekonomika" (p. 161). Jis apgailestavo dėl „smegenų nutekėjimo", tačiau padarė išvadą, kad tai yra rimta problema tik dėl avialinijų lakūnų ir gydytojų; tauta gali apsieiti be avialinijų, o bendrosios praktikos gydytojus pakeisti „žmonėmis, turinčiais žemesnę (ir tuo pat metu mažesnės paklausos) kvalifikaciją" (p. 162). (Vis dėlto ir pats Barry greitai prisidėjo prie „smegenų nutekėjimo" proceso nebūdamas nei gydytojas, nei avialinijų lakūnas.) Jis siūlė „bjauriausius darbus išskirstyti įpareigojant kiekvieną asmenį, prieš aukštojo mokslo arba profesinės veiklos pradžią, juos dirbti, pavyzdžiui, trejus metus visur, kur jis arba ji nukreipiami. (Tai taip pat turėtų auklėjamąją naudą.) Prie to būtų galima pridėti, pavyzdžiui, vieno mėnesio trukmės šaukimus kiekvienais metais, kaip yra Šveicarijos ir Izraelio ginkluotosiose pajėgose, tačiau skirtus taikingai veiklai" (p. 164).

Pasinaudodami bent jau praeities patirtimi galime įžvelgti, kad Barry išrašė ekonominės katastrofos receptą. Gerovės maksimizavimo, lygiai kaip ir gamtos mokslų, pagrįsti tvirtais filosofiniais pagrindais gali būti neįmanoma, tačiau tai būtų nepakankama priežastis gerovės maksimizavimui paneigti, lygiai kaip ir neišsprendžiamų problemų mokslo filosofijoje egzistavimas būtų nepakankama priežastis paneigti patį mokslą. Mes turime pagrindą manyti, jog rinka veikia: kapitalizmas teikia – jei ne Gerovę, tai bent prekes, ir būtų klaidinga leisti filosofijai nukreipti mus nuo išvadų lygiai kaip ir leisti filosofijai pakeisti mūsų požiūrį į vaikžudystę (žr. 11 skyrių).

Protingas pragmatizmas teorijos neignoruoja. Įrodymas, kad kapitalizmas yra efektyvesnis už socializmą, yra dar viena priežastis tikėti ekonomikos teorija (žinoma, ne visais jos taikymo aspektais). Teorija savo ruožtu leidžia mums labiau pasitikėti įro-

[32] *The Liberal Theory of Justice: A Critical Examination of the Principal Doctrines in „A Theory of Justice" by John Rawls*, p. 159 (1973). Tolesnės nuorodos į šios knygos puslapius yra tekste. Knyga buvo parašyta tuo metu, kai Barry dėstė Oksforde. Vėliau jis išvyko į Jungtines Valstijas ir dabar grįžo į (Margaret Thatcher) Angliją.

dymu. Teorija ir įrodymas vienas kitą papildo. Ekonomikos teorijos požiūriu „smegenų nutekėjimas" nėra paslaptinga liga, kurią Barry mano esant; tai – racionalus atsakas į niveliavimo politiką tų, kurių pajamos lyginamos mažinimo linkme.

Aš minėjau, kad laisvos rinkos propagavimas Millio veikale *On Liberty* yra labiausiai įtikinamas tuomet, kai į jį žvelgiama pragmatiko požiūriu. Šis teiginys suerzins tuos skaitytojus, kuriems pragmatizmas asocijuojasi su socializmu. Daug žymiausių pragmatikų, pavyzdžiui, Dewey, Habermasas ir Wittgensteinas, buvo socialistai. Be to, Holmesas buvo pragmatikas, bet ne socialistas; tas pats pasakytina ir apie Sidney Hook. Jei tarp pragmatizmo ir socializmo egzistuoja sąsaja, ji mums daugiau pasako apie akademinius stilius nei apie pragmatizmo pobūdį. Aš tai pailiustruosiu pasinaudodamas Richardo Rorty straipsniu, Briano Barry pranokstančiu politiniu ir ekonominiu naivumu, ir mažiau pateisinamu, kadangi jis buvo publikuotas 1988, o ne 1973 metais.[33] Nagrinėdamas Roberto Ungero socialistinį revoliucinį traktatą *Politics*, Rorty išreiškė viltį, jog kokią nors Trečiojo pasaulio šalį Ungero veikalas gali paskatinti eksperimentuoti radikaliu visuomenės restruktūrizavimu, pavyzdžiui, įstatymu, nustatančiu visišką pajamų lygybę. Rorty teigia, jog faktas, kad tokio eksperimento tinkamai pagrįsti negali niekas, neturi būti laikomas svariu prieštaravimu; mūsų nesugebėjimas pasiūlyti svarių argumentų gali atspindėti mūsų vaizduotės skurdumą ir (kaip pasakė Williamas Blake'as) mūsų kultūros „minties pančius".

> Įsivaizduokime, kad kartą kažkur naujai išrinkta didelės industrinės visuomenės vyriausybė nusprendė, jog kiekvienas asmuo turi gauti tas pačias pajamas, neatsižvelgiant į užsiėmimą arba neįgalumą. Tuo pat metu ji nustatė itin didelius paveldėjimo mokesčius ir įšaldė didelius banko pervedimus. Įsivaizduokime, kad, pradiniam sąmyšiui nuslūgus, tai padarė poveikį: t.y. įsivaizduokime, kad šalis nežlugo, kad žmonės vis dar džiaugiasi savo darbu (dirbdami gatvių valytojais, lakūnais, gydytojais, nendrių pjovėjais, ministrais ir t.t.) ir pan. Įsivaizduokime, kad kita tos šalies karta buvo auklėjama taip, kad suprastų, jog, neatsižvelgiant į tai, kokiais kitais motyvais vadovaudamiesi jie dirbtų, nėra jokios prasmės dirbti siekiant gerovės. Tačiau jie vis tiek dirbo (tarp kitų dalykų – dėl nacionalinės šlovės). Tokia šalis būtų puikus pavyzdys daugybei kitų šalių, „kapitalistinių", „marksistinių" ir tarpinių. Šių šalių rinkėjai nesivargintų klausti, kokie „veiksniai" lėmė tokio eksperimento sėkmę. Socialiniams teoretikams nebūtų suteikta galimybė paaiškinti, kokiu būdu kažkas, ką jie vadindavo utopija, įvyko, taip pat šį naują visuomenės tipą apibūdinti remiantis žinomomis kategorijomis. Visas dėmesys nukryptų į faktines detales, t.y. į tai, kaip ši novatoriška visuomenė sėkmingai gyvena. Anksčiau ar vėliau pasaulis pasikeistų.[34]

[33] Rorty, „Unger, Castoriadis, and the Romance of a National Future", 82 Northwestern University Law Review, p. 335 (1988). Tačiau Barry atrodo nepalenkiamas. Žr. Brian Barry, „Does Democracy Cause Inflation? Political Ideas of Some Economists", leidinyje *The Politics of Inflation and Economic Stagnation: Theoretical Approaches and International Case Studies*, p. 280, 317 (red. Leon N. Lindberg ir Charles S. Maier, 1985).

[34] Rorty, 33-ioji nuoroda, p. 349–350. Be to, Rorty mano, kad kapitalizmas (savo gerovės valstybės, o ne *laissez-faire* forma) Jungtinėms Valstijoms yra tinkamiausias, tačiau netinkamas daugumai kitų pasaulio šalių. Žr. *Consequences of Pragmatism (Essays 1972–1980)*, p. 207, 210 (1982); *Contingency, Irony, and Solidarity*,

Rorty supranta, kad nepanašu, jog kokia nors Vakarų šalis norėtų imtis tokio eksperimento, tačiau jis tiki, jog kokia nors Trečiojo pasaulio šalis galėtų desperatiškai tai bandyti.[35]

Rorty tyrimo pragmatiškumas yra akivaizdus. Priežastis ir argumentas – tai ne viskas; dideli pokyčiai – tai struktūrinės permainos; gyvenimas yra eksperimentas;[36] bandymas ir klaida – mokslo metodas; žmonių padėtis yra nulemta istoriškai, ir ta jų padėtis privalo keistis anksčiau nei jie to pradeda norėti. Prisiminkime, kaip Johnas Dewey Čikagos universitete įsteigė laboratorinę mokyklą, o su ja – ir pažangų mokymą. Tačiau Rorty tyrimo rezultatuose trūksta kažko svarbaus – mokymosi iš patirties. Jo apibūdintas eksperimentas – pašalinti arba radikaliai apriboti materialių paskatų naudojimą ekonomikos našumui skatinti – buvo bandytas daug kartų Trečiajame pasaulyje ir kitur ir sukėlė katastrofiškas pasekmes eksperimento dalyviams. Šiuo metu galima tikėtis, kad pragmatikas prieitų prie išvados, jog kitokios socialinio eksperimento formos tikriausiai būtų veiksmingesnės nei radikalus egalitarizmas. Be to, Rorty tiki neribotu žmogaus prigimties ir socialinių institucijų plastiškumu. Jo pozicija yra suderinama su pragmatizmo filosofija, tačiau nedaro jai įtakos. Reikėtų pridurti, kad nei Barry, nei Rorty nemėgina vertinti jo utopinių siūlymų istorijos arba ekonomikos požiūriu.[37]

p. 53, 63 (1989); „Thugs and Theorists: A Reply to Bernstein", 15 *Political Theory*, p. 564, 565–567 (1987); „On Ethnocentrism: A Reply to Clifford Geertz", 25 *Michigan Quarterly Review*, p. 525 (1986). Šis požiūris sukėlė didelį kraštutinių kairiųjų priešiškumą jam. Žr., pavyzdžiui, Rebecca Comay, „Interrupting the Conversation: Notes on Rorty", leidinyje *Anti-Foundationalism and Practical Reasoning: Conversations between Hermeneutics and Analysis*, p. 83 (red. Evan Simpson, 1987); Robert Burch, „Conloquium Interruptum: Stopping to Think", ten pat, p. 99; Richard J. Bernstein, „One Step Forward, Two Steps Backward: Richard Rorty on Liberal Democracy and Philosophy", 15 *Political Theory*, p. 538 (1987). Rorty įsitikinimas, kad kapitalizmas mums tinkamiausias, atrodo, nesuderinamas su jo požiūriu, kad į klausimą, ar norėtum kitokios socialinės sistemos, negali atsakyti tol, kol tos sistemos neišbandei.

[35] „Jei yra vilties, tai ji slypi Trečiajame pasaulyje." Rorty, 33-ioji nuoroda, p. 340. „Joks atskiras pokytis negalėtų padaryti daugiau abiejų supervalstybių nacionalinių neurozių kai kurių svarbiausių pasireiškimų atsitiktinumo, skurdumo ir nereikšmingumo atskleidimo prasme nei kai kurių Trečiojo pasaulio šalių sėkmė lyginant pajamas." Ten pat, p. 351.

[36] Žr. John Dewey, „The Need for a Recovery of Philosophy", leidinyje Dewey, *Creative Intelligence: Essays in the Pragmatic Attitude*, p. 3, 7–8 (1917); Abrams v. JAV, 250 U.S., p. 616, 630 (1919) (J. Holmeso atskiroji nuomonė).

[37] Rorty mažai remiasi faktais. Tai akivaizdu jo politiniuose apmąstymuose (rašydamas 1987 m., jis „šešėlinius milijonierius [neįvardytus], manipuliuojančius Reiganu", pasmerkė kaip „banditų gaują" ir spėjo, kad „palaipsniui Antrasis pasaulis absorbuos Trečiąjį", kadangi „laikas atrodo palankus sovietams", „Thugs and Theorists", 34-oji nuoroda, p. 566–567), ir galbūt tai susiję su jo abejingumu mokslui, tiek gamtos, tiek socialiniams, bei dėl to atsirandančiu abejingumu empiriniam tyrimui, sisteminiam socialinės tikrovės tyrimui ir mokymuisi iš praeities eksperimentų. Šia prasme jis labai skiriasi nuo jo pripažinto autoriteto Dewey. Rorty požiūrio į mokslą, ir pirmiausia jo lengvabūdiško mokslinio ir teologinio samprotavimo skirtumų, atsiskleidžiančių Galilėjaus ir kardinolo Bellarmine ginče dėl Jupiterio palydovų, atmetimo kritiką žr. Richard W. Miller, *Fact and Method: Explanation, Confirmation, and Reality in the Natural and the Social Sciences*, p. 488–493 (1987).

Numanydamas, jog Barry ir Rorty, jei jie labiau išmanytų ekonomiką ir šiuolaikinę istoriją, pakeistų savo nuomonę ir sutiktų su mano pragmatišku požiūriu, kad kapitalistinis gerovės maksimizavimas siūlo Trečiajam pasauliui (kaip ir Pirmajam bei Antrajam) žymiai daugiau nei socializmas, aš galiu pasirodyti flirtuojąs su moraliniu realizmu *a la Plato*. Iš tikrųjų aš sakau, kad tai, kas laikoma etiniu nesutarimu, yra nesutarimas dėl faktų; kad pažinimas atves į etinę konvergenciją. Tačiau mano teiginiai reiškia ne tai, kad visi vertybiniai klausimai gali būti prilyginami klausimams dėl fakto, bet tai, kad fakto ir vertybės skiriamoji riba juda kartu su pažinimo augimu. Mūsų visuomenėje egzistuoja esminis konsensusas dėl tikslų (įskaitant tikslus kitoms visuomenėms). Nesutarimo esama dėl priemonių ir jis mažės, kai daugiau mūsų labiau išmanys, kaip veikia ekonominės sistemos.

Be to, mano pragmatiški teiginiai yra sąlyginiai. Visos šiuolaikinės visuomenės remiasi gerovės maksimizavimo principais. Nėra atsakymo į klausimą, kaip sąlygos šiose visuomenėse pasikeistų tuo atveju, jei viešasis sektorius kokiu nors būdu galėtų būti sumažintas iki tokio lygio, kad valstybė atliktų tik naktinio sargo funkciją – atrodo, kad kaip tik tokia valstybės samprata slypi gerovės maksimizavimo principuose. Tai yra sudėtingas tikrovei priešpriešintas klausimas (atrodo, jog nėra visuomenės, kurios valdžia turėtų ir valios, ir galios eksperimentuoti su žmonėmis visapusiškame gerovės maksimizavimo projekte), neatsakytas nei Barry apmąstymuose apie ekonomiką, nei Rorty romantiniame eksperimentalizme. Ir kol jis neatsakytas, mes turime būti atsargūs kalbėdami apie gerovės maksimizavimą; mūsų lozungas turi būti inkrementalizmas.

Faktas, kad pragmatiškai aiškinamas gerovės maksimizavimas yra instrumentinio, o ne pamatinio pobūdžio, nėra kliūtis ja pasinaudoti grindžiant teisę ir valstybės politiką. Tam tikslui ji gali būti teisingas principas, net ir tuo atveju, jei jis teisingas dėl savo tikslų, kurie nėra vien tik ekonominiai. Šis principas gali būti laikomas teisingu bent jau ta prasme, kad gerovės maksimizavimo išimčių šalininką įpareigoja įrodyti tokių išimčių geidžiamumą.

Net jei mano pastebėjimai apie lyginamąją ekonominę politiką Trečiajame pasaulyje ir kitur yra teisingi, ar šiuos klausimus dera nagrinėti knygoje apie jurisprudenciją? Taip. Pragmatinio nagrinėjimo tikslas – perkelti diskursą nuo semantinių ir metafizinių prie faktinių ir empirinių dalykų. Jurisprudencijoje egzistuoja didžiulis tokio krypties pasikeitimo poreikis. Jurisprudencija turi tapti pragmatiškesnė.

Grįžimas prie bendrosios teisės

Gerovės maksimizavimo kaip svarbiausio sprendimų bendrojoje teisėje priėmimo principo taikymo pavyzdys yra ypač stiprus. Bendrosios teisės teisėjas veikia sistemoje, nustatytoje konstitucijos, kuri dėl daugelio pakeitimų ne tik peržengia etine prasme labiausiai ginčytinus gerovės maksimizavimo taikymo aspektus, bet ir dažniausiai pašalina neišbaigtumo ir neapibrėžtumo problemas, atsirandančias dėl neaiškaus gero-

vės maksimizavimo ir pradinio teisių paskirstymo santykio. Tas pradinis paskirstymas yra daugiau ar mažiau duotybė bendrosios teisės teisėjui. Susijęs dalykas yra tas, kad šis teisėjas veikia tokioje srityje, kur paskirstymo arba egalitariniai motyvai gali turėti geriausiu atveju tik menką reikšmę. Teisėjas, kurio pagrindinė veikla – užtikrinti žalos atlyginimą, sutarties įvykdymą ir nuosavybės teisės laikymąsi, neturi veiksmingų teisingo gerovės paskirstymo priemonių, net jei jis mano žinąs, koks tas paskirstymas turėtų būti. Be to, tokias jo pastangas silpnintų konsensuso mūsų visuomenėje dėl teisingo paskirstymo pobūdžio nebuvimas, kuris kenkia mėginimų panaudojant teismus pasiekti paskirstymo tikslus socialiniam priimtinumui. Teisėjas, nustatantis taisykles ir priimantis sprendimus bendrosios teisės reguliuojamose srityse taip, kad galėtų maksimizuoti socialinio pyrago dydį, ir teisės kūrėjas, besirūpinantis to pyrago gabalų dydžiu, parodo nuovokų darbo pasidalijimą.

Šis pavyzdys yra stipriausias tose bendrosios teisės srityse, kur atitinkama politika laikoma ekonomine. Įsivaizduokime, kad numanomos tinkamumo gyventi garantijos, kuri nuomininkui suteikia teisę pareikšti ieškinį nuomotojui, jei nuomojamos patalpos neatitinka saugumo ir patogumo standartų, nustatytų namo vidaus taisyklėse, idėja apginama (ir paprastai ji yra apginama) vadovaujantis motyvu, kad nuomininkus reikia apsaugoti nuo nuomotojų apgaudinėjimo ir piktnaudžiavimo, ir tai nesumažins neturtingiems žmonėms prieinamų gyvenamųjų patalpų skaičiaus arba nepadarys nuomos kainų didesnių už tas, kurias neturtingi žmonės pageidauja bei gali mokėti. Jei tyrimas rodo, kad šios prielaidos yra neteisingos, jų pateikėjas, jei jis sąžiningas, savo siūlymo turės atsisakyti. Šiame pavyzdyje teisiniai klausimai iš esmės (kadangi sunku atlikti reikalingą tyrimą) gali būti paversti lemiamais teisinį klausimą interpretuojant kaip socialinį mokslinį bendrų tikslų fone, ir todėl pagrįstas Benthamite'o projektas, susijęs su teisės aiškinimu labiau moksliniu pagrindu, gali būti toliau plėtojamas nepakenkiant konkuruojančioms vertybėms.

Jei būtų galima įrodyti arba būtų pripažįstama, kad sprendimų priėmimas bendrojoje teisėje iš tikrųjų nėra tinkama sritis pastangoms perskirstyti gerovę, tuomet būtų galima gerovės maksimizavimą (kuri naudojama kaip pagrindas tokiam sprendimui priimti) pagrįsti tvirtesniu norminiu ekonomikos principu – Pareto principu. Sandoris yra viršesnis už Pareto principą tuomet, kai dėl jo bent vieno asmens padėtis pagerėja ir nė vieno – pablogėja. Už Pareto principą viršesnį sandorį parodo paprasta sutartis. Jokia šalis nepasirašytų sutarties, išskyrus tuomet, jei ji manytų, kad jos padėtis dėl tos sutarties pagerės. Taigi remiantis prielaida, kad informacijos yra pakankamai (tai nereiškia, jog daroma prielaida apie visažinystę) ir nėra žalingų padarinių trečiosioms šalims, sutartis bus viršesnė už Pareto principą. Taip bus bent jau *ex ante* pagrindu, kadangi, kai paaiškės tikrieji dalykai, vienos iš šalių (galbūt ir abiejų) padėtis dėl sutarties gali pablogėti. Ši galimybė yra neišvengiama esant neaiškumui, o neaiškumas yra neišvengiamas.

Etinis Pareto principo patrauklumas panašus į vieningumo siekį. Jei kiekvieno su sandoriu susijusio asmens padėtis dėl jo pagerėja, kaip toks sandoris gali būti socia-

liai arba etiškai blogas? Į šį klausimą atsakymų yra,[38] tačiau už Pareto principą viršesnis sandoris tvirtai pretenduoja į etinę pagarbą, nes jis grindžiamas intuicijomis, kurios yra esminės utilitarizmui ir Kanto individualizmui – pagarba atitinkamai preferencijoms ir asmenims. Gali atrodyti paradoksalu gerovės maksimizavimo normą kildinti iš Pareto viršenybės principo, kai pastarojo skiriamasis požymis – kompensacija visiems galimiems pralaimėtojams (kad primintų, jog dėl sandorio, jei jis pretenduoja būti viršesnis už Pareto principą, niekieno padėtis negali pablogėti), o gerovės maksimizavimas reikalauja tik tiek, kad laimėtojų nauda viršytų pralaimėtojų nuostolius. Tačiau, jei leidžiama *ex ante* kompensacija, kaip pavyzdyje apie sutartį, paradoksas išnyksta.

Skirtumas tarp *ex ante* ir *ex post* perspektyvų yra esminis ir jo nesilaikymas glūdi labai supainiotoje galvosenoje apie rinką ir teisę sudarinėti sandorius. Kadangi daugelis pasirinkimų neišvengiamai daromi neaiškiomis sąlygomis, nemažas jų skaičius turi pasirodyti esą blogi. *Ex post* jie laikomi klaidingais ir sukelia apgailestavimą, o *ex ante* jie galėjo būti labai protingi. Tarkime, kad aš turiu galimybę rinktis iš dviejų darbų. Viename jų tikrai uždirbčiau 50 000 dolerių kiekvienais metais, o kitame – arba 500 000 dolerių per metus (esant 90 proc. tikimybei) arba nieko (esant 10 proc. tikimybei). Numatomos pajamos pirmajame darbe yra 50 000 dolerių, o antrajame – 450 000 dolerių. (Pastebėkite 6 skyriuje minėtos Bayeso tikimybės naudojimą.) Tačiau antrasis darbas susijęs su neaiškumu. Jei rizikuoti aš nelinkęs – ir tarkime, kad toks ir esu – neaiškų lūkestį vertinsiu mažiau nei jo faktinis ekvivalentas. Vadinasi, man antrojo darbo vertė iš tikrųjų bus mažesnė nei 450 000 dolerių, ir tarkime, kad jos vertė bus tik trečdalis nurodytosios – 150 000 dolerių. Vis tiek tai yra daugiau nei 50 000 dolerių, todėl aš renkuosi antrąjį darbą. Tačiau man nepasiseka, 10 proc. tikimybė materializuojasi ir mano pajamos lygios nuliui. Aš nebūčiau žmogiškoji būtybė, jei nesigailėčiau dėl savo pasirinkimo, nekeikčiau savo likimo, kaltinčiau save dėl kvailo pasirinkimo. Tačiau iš tikrųjų aš pasirinkau teisingai – ir rinkčiausi tą patį, jei būtų toks pat neaiškumas, koks buvo.

Dabar įsivaizduokime atvejį, kai neatsargumas gerovės maksimizavimo prasme yra veiksmingesnis principas nei griežta atsakomybė, kadangi, kai visi nuostoliai ir nauda susumuojami, pasirodo, jog neatsargumo nauda viršija nuostolius. Jei taip, tuomet draudimo suma ir draudimo įmokos, esant neatsargumui, bus mažesni, ir visų vairuotojų padėtis *ex ante* bus geresnė, nors, žinoma, *ex post* kai kuriems galėtų būti geriau esant griežtai atsakomybei. Iš tikrųjų ne visų padėtis bus geresnė netgi *ex ante*. Kai kurių žmonių, kurie labiau linkę nukentėti patys nei padaryti žalos kitiems, padėtis pablogės, kadangi neatsargumas palankus žalą padariusiems asmenims, o tų, kurie labiau linkę padaryti žalos kitiems nei nukentėti patys, padėtis pagerės. „Pralaimėjusieji" praras mažai, kitaip nei esant truputį didesnėms draudimo įmokoms. Ir

[38] Kaip teigiama, pavyzdžiui, Robin West straipsnyje „Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner", 99 *Harvard Law Review*, p. 384 (1985), į kurį aš atsakau *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 4-ame skyriuje (1988). Preferencijų autentiškumą nagrinėju 13 skyriuje.

tiek „laimėtojų", tiek absoliučios daugumos vairuotojų, dėl kurių tikimybė, kad jie padarys žalos kitiems, neproporcingai neviršija tikimybės, kad jie patys nukentės, ir atvirkščiai, padėtis pagerės. Visiškas vieningumas bus nepasiekiamas, tačiau artima vieningumui situacija gali būti preziumuojama; pralaimėjusiųjų, kurie bankrutuos, kurių autonomija žlugs arba kurių teisės bus pažeistos dėl pareigos mokėti keliais doleriais didesnes mėnesines automobilių draudimo įmokas, bus nedaug.

Aš pateikiu situaciją šiek tiek pernelyg pagražintą. Bus žmonių, kuriems trūks žinių, intelekto ir įžvalgumo įsigyti draudimo polisą (aš atskiriu tuos, kurie sąmoningai rizikuoja); kai kurie įsigyti tinkamą draudimo polisą gali nepajėgti; arba draudimo, pagal kurį žalos atlyginimas yra toks pat visa apimantis kaip bendrojoje teisėje, rinkoje gali nebūti. Kai asmuo tampa rimtos avarijos, kurioje žalą padaręs asmuo nėra kaltas, auka, tai gali reikšti finansinę katastrofą, nepriklausančią nuo nukentėjusiojo pasirinkimo arba nusipelnymo – katastrofą, kurios būtų buvę galima išvengti esant griežtai atsakomybei. Žinoma, alternatyva yra socialinis draudimas – gerai žinoma saugumo sistema. Jei katastrofiški, su neatsargumu nesusiję, žalos padarymo atvejai yra reti, socialinis draudimas gali būti geresnis sprendimas nei griežtos atsakomybės sistema, kuri reikalautų žalos atlyginimo žalos atlyginimo ieškinių būdu visais žalos padarymo atvejais.

Esminis dalykas yra tas, kad draudimo, privataus arba socialinio, egzistavimas būtinas gerovės maksimizavimui suteikti etinę Pareto principo reikšmę. Taip padarius, gerovės maksimizavimas tampa etiškai tinkamu pagrindu sprendimams bendrojoje teisėje priimti – faktiškai svariausiu pagrindu iš visų, kurie buvo minėti. O privataus arba valstybinio draudimo rinkos tinkamumas, nuo kurio priklauso minėtas teiginys, yra empirinis, ištiriamas dalykas.

Neabejotina, kad dauguma teisėjų (ir teisininkų) mano, jog orientyru sprendimams bendrojoje teisėje priimti turi būti intuityvus teisingumo ar protingumo jausmas arba individualus utilitarizmas.[39] Tačiau visa tai gali būti vienas ir tas pats,[40] ir toks teisėjas prispirtas tikriausiai turėtų pripažinti, jog tai, ką jis vadina utilitarizmu, yra tas pats, ką aš vadinu gerovės maksimizavimu. Pagalvokime, ar teisme vagiui turėtų būti leidžiama save teisinti motyvu, kad pavogtas daiktas jam sukėlė malonumą, dides-

[39] Žr., pavyzdžiui, James Barr Ames, „Law and Morals", 22 *Harvard Law Review*, p. 97 (1908); Henry T. Terry, „Negligence", 29 *Harvard Law Review*, p. 40 (1915); Lon L. Fuller, „Consideration and Form", 41 Columbia Law Review, p. 799 (1941); Benjamin Kaplan, „Encounters with O.W. Holmes, Jr.", 96 *Harvard Law Review*, p. 1828, 1849 (1983). „Teisė yra utilitarinė. Ji egzistuoja tam, kad įgyvendintų pagrįstus visuomenės poreikius. Jei individo interesas prieštarauja šiam svarbiausiam teisės uždaviniui, jis turi būti paaukotas." Ames, p. 110. Prisiminkime vyriausiojo teisėjo Shaw analizės *Farwell* byloje utilitarinį pobūdį (8-as skyrius); ir žr. kitą nuorodą.

[40] *Farwell* byla vėl yra tinkamas pavyzdys; Shaw atlikta bendradarbio taisyklės analizė teisingumo, politikos ir visuomeninės naudos požiūriu yra izomorfiška taisyklės analizei gerovės maksimizavimo požiūriu. Arba paimkime tipišką utilitarinę baudžiamosios teisės analizę, – R.B. Brandt, „The Insanity Defence and the Theory of Motivation", 7 *Law and Philosophy*, p. 123 (1988) – ji labai primena analizę gerovės maksimizavimo požiūriu, išskyrus tai, kad leksika yra labiau filosofinė nei ekonominė.

nį už kančias, kurias patyrė to daikto savininkas. Aišku, kad atsakymas yra neigiamas, tačiau jį gerovės maksimizavimo šalininkas siūlo tvirčiau nei utilitarizmo. Pirmasis gali teigti, kad vagis pažeidžia mainų rinkos sistemą ir kad malonumas, kurį jam suteikia vogtas daiktas, neturi socialinės reikšmės, kadangi jo troškimas gauti daiktą nėra grindžiamas noru už jį mokėti. Tai yra skirtingi dalykai. Vagis galbūt norėtų mokėti, jei to reikėtų, t.y. jis gali vertinti daiktą daugiau nei to daikto savininkas – tačiau pasirenka vagystę, kadangi tai jam reiškia pigesnį būdą įsigyti norimą daiktą. Taigi vagystė galėtų būti naudą maksimizuojantis reiškinys; tačiau taip nėra, kadangi vogimo praktika reikštų didžiules naudą mažinančias išlaidas turtui apsaugoti.

Kadangi įvertinti naudą yra sunkiau nei gerovę, gali atrodyti, jog gerovės maksimizavimo sistema yra utilitarinės sistemos pakaitalas; bet ji apima daugiau; jos esmė yra kitokia. Gerovės maksimizavimas yra našumo ir socialinio bendradarbiavimo etika: kad galėtum reikšti pretenzijas dėl visuomenės siūlomų prekių ir paslaugų, privalai sugebėti pasiūlyti ką nors, ką vertina kiti žmonės. O utilitarizmas yra hedonistinė, nesociali etika, kaip parodė paskutinis pavyzdys. Be to, našumo ir bendradarbiavimo etika labiau nei grynoji utilitarizmo etika atitinka mūsų visuomenėje dominuojančių grupių vertybes. Deja, gerovės maksimizavimas nėra tik našumo ir bendradarbiavimo etika ne tik todėl, kad netgi teisėtos pastangos maksimizuoti gerovę kai kurių kitų žmonių padėtį dažnai pablogina, bet ir – kas dar svarbiau – todėl, kad rinkos veiklos pajamoms didelę reikšmę turi sėkmė. Blogiau tai, jog visada galima įrodinėti, kad našumo pasiskirstymas tarp gyventojų pats savaime tėra genetinio lošimo arba auklėjimo, arba vietos, kur kažkam buvo lemta gimti, sėkmė, ir kad šios sėkmės formos neturi etinės reikšmės. Žinoma, tam esti ir kontrargumentų, bet jie nėra reikšmingi. Taigi bendriausio principo teisiniams ginčams spręsti pamatai ir vėl pasirodo sutrūniję, todėl reikia grįžti prie pragmatizmo pamatų.

13 SKYRIUS

Literatūrinės, feministinės ir komunitarinės jurisprudencijos perspektyvos

Šio skyriaus pavadinimo užuominos į tai, kad grožinė literatūra galėtų turėti įtakos jurisprudencijai, kad pastaroji gali būti skirtingų lyčių, kad šios dvi idėjos gali būti susijusios, tikriausiai apstulbins daugelį skaitytojų. Nors pirmoji ir trečioji idėjos neabejotinai yra tiesa, galbūt antroji taip pat, bet aš nesu tuo tikras. Jau išnagrinėtų jurisprudencijos perspektyvų pagrindu matysime, kad literatūrinė ir feministinė perspektyvos bei kiti komunitariniai požiūriai, trumpai aptarti paskutiniame skirsnyje, nepalaiko idėjos dėl teisės pavertimo griežtai apibrėžta ir autonomine socialinio mąstymo ir veiklos sritimi. Iš tikrųjų jos rodo priešingą tendenciją. Tai gali būti viena iš priežasčių, kodėl jos yra tokios nepatrauklios tradicinės pakraipos teisės teoretikams.

Teisė ir literatūra

Daugelio mokslo darbų teisės ir grožinės literatūros santykio tematika[1] išryškina kelias sritis, kur grožinė literatūra – ne vien patys kūriniai, taip pat literatūros teorijos ir kritikos darbai – gali būti naudinga sprendžiant jurisprudencijos problemas. Akivaizdžiausia, bet mažiausiai produktyvi, sritis yra aiškinimo metodai. Literatūros kūriniai, parašyti sudėtingu stiliumi, primena Konstituciją ir įstatymus, o jų interpretavimo sunkumai lėmė gausių literatūros teorijos ir kritikos darbų atsiradimą. Ši literatūra yra sudėtingesnė už atitinkamus teisės veikalus. Nepaisant to, dideli meninių ir teisinių tekstų skirtumai lemia, kad interpretavimo metodai, naudingi pirmiems, visiškai netinka antriems. Dviejų sričių interpretavimo analogijos, aprašytos 6 skyriuje, gali išsemti vienos srities interpretavimo praktikos bei teorijos tobulinimo kitos srities interpretavimo praktika bei teorija galimybes.

Įstatymai ir Konstitucijos nuostatos yra komandos – komunikavimo forma, reikalaujanti iš gavėjo dėti sąžiningas pastangas komandos davėjo norams įvykdyti. Grožinė literatūra – ypač garsioji, esanti literatūros mokslo centre – tai daugybė tekstų, kurie pergyvena savo autorius bei toliau išlieka ateities kultūrose, nutolusiose nuo jų

[1] Trumpą apžvalgą šiuo klausimu žr. mano knygos *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988) įvadinėje dalyje.

sukūrimą paskatinusių įvykių. Tokie kūriniai pasižymi dideliu bendrumu, neapibrėžtumu ar prisitaikomumu – „daugiareikšmingumu", leidžiančiu jiems atsilaikyti prieš kultūrų ir skonių kaitą. Tokio pobūdžio tekstai yra komandų priešybė. Taip pat nėra akivaizdaus būtinumo vienodinti literatūros kūrinių aiškinimo, daryti jį nuspėjamą norint išvengti skirtingo to paties teksto aiškinimo socialinių, ekonominių ar politinių pasekmių. Literatūros kūrinių interpretavimas, gerokai nukrypstantis nuo jų autorių ketinimų ir supratimų, nesukelia politinio teisėtumo klausimų. Žinoma, analogija su komanda neišspręs visų įstatymų aiškinimo problemų. Tačiau literatai neatrado universalių tekstų aiškinimo dėsnių bei nenurodė teisinių tekstų geriausių aiškinimo būdų. Jie nepateikia atsakymų į sunkius teisės aiškinimo klausimus, nagrinėtus III dalyje.[2]

Nepaisant to, literatūros kūrinių tyrinėjimas padeda suprasti aiškiai retorinį teismų sprendimų pobūdį.[3] Ši pagalba turi būti su malonumu priimama tų, kurie pritaria 4 skyriuje išsakytam argumentui, kad pasikeitimai teisėje – ypač kai jie yra didelio masto ir greiti – dažnai yra ne racionalių argumentų, bet retorinių išpuolių („šiltų" argumentų, labiau veikiančių emocijas ir empatiją, o ne intelektą), galinčių sukelti „konversiją" ar struktūros pakeitimus, rezultatas. Garsiausioji ir galbūt įtakingiausioji Holmeso atskiroji nuomonė *Lochner v. New York* byloje nėra gerai pagrįsta; jos autoritetas nulemtas meistriško metaforų ir kitų literatūrinių gudrybių panaudojimo.[4] Ši atskiroji nuomonė nebūtų tapusi tokia įtakinga, jeigu nebūtų sulaukusi tokio gyvo teisėjų ir teisininkų, priešiškai nusiteikusių konstitucinės *Lochner* bylos jurisprudencijos atžvilgiu, pritarimo, jai pavyko tai padaryti savo literatūrine galia.

Prisiminkime diskusiją apie pozityviąją diskriminaciją, vieną iš teisinės etikos klausimų grupių (kitos yra abortai, mirties bausmė, diskriminacija dėl lyties, homoseksualizmas ir nepadorus elgesys), kuri, atrodo, nepasidavė įprastiems teisinės analizės metodams ir dėl kurios nesusiformavo etinis ar politinis konsensusas. Jamesas B. White'as, žymi figūra teisiniame ir literatūriniame judėjime, mėgino rasti kelią iš aklavietės siūlydamas palyginti baltaodžius, tapusius pozityviosios diskriminacijos aukomis, ir Pilietinio karo laikų Amerikos karius, kurie engiamų juodaodžių labui paaukojo daugiau, negu pozityvioji diskriminacija šiandien reikalauja aukoti kiekvieną baltaodį.[5] Yra ir prieštaraujančiųjų tokiai analogijai: dauguma JAV karių kovojo už valstybės išsaugojimą, o ne už vergų išvadavimą; ir nors baltaodžių aukos dėl pozityviosios

[2] Detalesnį literatūrinių aiškinimo metodų nepritaikomumo teisei nagrinėjimą žr. id. 5 sk.

[3] Žr. id., 6 sk.

[4] Žr. id., p. 282–287. Istorijos faktų panaudojimas ir pasekmių vertinimas byloje *West Virginia State Board of Education v. Barnette* yra mažiau įspūdingi negu retoriniai teisėjo Jacksono sugebėjimai, kurių pagalba jis surikiavo įrodymus, kuriuos jam pavyko gauti savo išvadoms. Dėl *Barnette* bylos retorikos žr. Robert A. Ferguson, „The Judicial Opinion as Literary Genre" (nepublikuotas darbas, Columbia University Department of English).

[5] Žr. „A Response to „The Rhetoric of Powell's Bakke"", 38 Washington and Lee Law Review, p. 73, 75 (1981).

diskriminacijos iš tikrųjų yra mažesnės, tačiau reikalo būtinumas ir teisingumas taip pat yra mažesni. Tačiau toks palyginimas turi retorinę galią, kuri daug ką reiškia teisėje. Metaforos daro įtaką mokslui, jau nekalbant apie kasdienes mintis.[6] Kodėl gi jos neturėtų daryti įtakos teisei?

Literatūra taip pat gali nušviesti nuolatinius jurisprudencijos klausimus, kylančius dėl įtampos tarp teisės ir teisingumo (platesne prasme – tarp formalaus ir realaus teisingumo), ir ji gali išryškinti kritines teisės raidos stadijas, kurios yra jurisprudencijos istorijos nagrinėjimo objektas.[7]

Euripido „Hekabėje" graikų flotilė, gabenanti pavergtą Hekabę ir kitas Trojos moteris, grįždama iš Trojos karo sustojo Trakijoje. Šio trumpo sustojimo metu Hekabė sužino, kad Trakijos karalius Polimestorius nužudė jos vienintelį išgyvenusį sūnų Polidorą, kurį Priamas, Trojos karalius, kartu su dideliu kiekiu aukso patikėjo Polimestoriui, tikėdamasis taip apsaugoti vaiką ir auksą nuo karo pavojų. Polimestorius neneigia nužudęs Polidorą, tačiau tikina padaręs tai norėdamas apginti graikus nuo pavojaus, jog Polidoras gali atstatyti Troją ir siekti atkeršyti už savo tėvo mirtį ir kitas nelaimes, ištikusias jo šeimą. Šis argumentas būtų reikšmingas, jei tai būtų tiesa. Jis, žinoma, nepateisintų Polimestoriaus įvykdyto piktnaudžiavimo pasitikėjimu; tačiau karas yra karas. Tačiau Hekabė, įsitikinusi, kad Polimestorius nužudė Polidorą vien dėl aukso, pirmose dviejose neformalaus „teismo" scenose maldauja Agamemnoną (graikų kariuomenės vadą) nubausti Polimestorių. Štai jos prašymo esmė[8] (790–805):

Atkeršyk išdavikui, įvykdžiusiam šią žiaurią žmogžudystę,
pamiršus visus dangaus ir pragaro dievus.
Kiek kartų viešėjo jis prie mūsų stalo, laikomas vienu geriausiu draugu,
gaudamas tokią pagarbą, kurią tik galima suteikti draugui;
o atsidėkodamas už tai šaltakraujiškai nužudė mano sūnų.
Nužudymas gali turėti savo priežastis ir motyvus,

[6] Be nuorodų, 2 skyriuje, žr. Alvin I. Goldman, *Epistemology and Cognition*, p. 239–241 (1986); Philosophical *Perspectives on Metaphor* (red. Mark Johnson, 1981); George Lakoff ir Mark Johnson, *Metaphors We Live By* (1980). Be to, prisimintinas pavyzdys iš 1 skyriaus apie silogizmo teisingumo „įrodinėjimą" metafora. Žinoma, rėmimasis metaforomis turi daug spąstų, kaip pažymėjo, ypač kalbėdamas apie teisę, Michaelis Boudinas straipsnyje „Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor," 75 *Georgetown Law Juornal*, p. 395 (1986) ir Haigas Bosmajianas straipsnyje „The Metaphoric Marketplace of Ideas and the Pig in the Parlor," 26 *Midwest Quarterly*, p. 44 (1984). Žr. taip pat C.K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions* (1932). Tai, kad aš naudoju White'o pavyzdį, nereiškia, kad metafora visuomet vartojama liberalesnės pozicijos naudai. Prisiminkime Williamo Paley pasisakymą už mirties bausmę: „Asmuo, tapęs klaidingo nuosprendžio auka, gali būti laikomas žuvusiu už savo šalį." „Moral and Political Philosophy," *The Works of William Paley*, t.3, p. 1, 315 (naujas leidimas, 1838).

[7] Diskusijų šiuo klausimu ieškokite Marthos C. Nussbaum knygoje The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy, p. 409–418 (1986); Law and Literature: A Misunderstood Relation, 1-oji nuoroda, p. 38–40.

[8] Citatos paimtos iš Williamo Arrowsmith'o vertimo *The Complete Greek Tragedies*, t.3 (Euripides) (red. David Grene ir Richmond Lattimore, 1955).

tačiau jis net nepasirūpino palaidoti vaiką, bet išmetė lavoną tiesiai į jūrą!
Žinau, esu bejėgė vergė,
tačiau yra dievai, o virš jų dar galingesnis absoliutas, moralinis įstatymas ar principas.
Juk būtent šiuo, moraliniu įstatymu pagrįstas pasaulis;
būtent jis nulemia dievų buvimą; juo remdamiesi mes gyvename
ir atskiriame gėrį nuo blogio.
Pritaikyk jį ir mano atveju. Nes jeigu tu pažeisi jį dabar ir
leisi šaltakraujiškam žudikui ir šventvagiui išvengti atpildo,
išnyks tiesa, būdama iš prigimties papirkta.

Būdama vergė, Hekabė neturi jokių pilietinių teisių. Todėl logiška, kad ji grindžia savo prašymą prigimtine, o ne pozityviąja teise; taip pat logiška, kad ji kalba apie kerštą, kurio šaknys yra instinkte, o ne apie kriminalinę bausmę, kuri yra pozityviosios teisės dalis. Bet kokiu atveju tragedijoje pavaizduotoje karingoje visuomenėje neegzistuoja jokių formalių teisingumo vykdymo institucijų ir jų nebuvimas pateisina Hekabės rėmimąsi prigimtine teise. Mes priversti suprasti, kad fundamentalios socialinės normos, smerkiančios neteisėtą nužudymą, yra aukščiau už bet kokius pozityviosios teisės institutus ir apriboja grynai pozityviąją teisės koncepciją. Be to, Euripido auditorija žinojo, kad Agamemnonui pačiam teks patirti prigimtinės teisės griežtumą – kad jis bus nužudytas už tai, kad (pakeliui į Troją), pažeisdamas prigimtinės teisės normas, paaukojo savo dukrą Ifigeniją. Prigimtinė teisė turėjo daugiau kandumo graikų mąstyme negu mūsų.

Agamemnonas užjaučia Hekabę, tačiau nenori imtis kokių nors priemonių prieš Polimestorių. Iš dalies dėl to, kad Kasandra, išgyvenusi Hekabės duktė, yra Agamemnono meilužė, todėl jį gali apkaltinti šališkumu ir perėjimu į Trojos pusę ginče tarp Hekabės ir Polimestoriaus, graikų sąjungininko. Kaip pats Agamemnonas paaiškina (852–861):

Dievas žino, aš nieko taip netrokštu,
kaip teisingo atpildo žudikui.
Bet mano padėtis kebli. Atkeršijęs už tave, tikrai būsiu apkaltintas,
kad sumokėjau Trakijos karaliaus krauju už mano meilę Kasandrai.
Štai mano problema. Kariuomenė laiko Polimestorių draugu,
o nužudytąjį berniuką – priešu. Tu myli sūnų, bet ką reiškia tavo jausmai graikams?
Įsivaizduok save mano vietoje.

Du aspektai yra verti dėmesio Agamemnono atsakyme. Pirmasis liečia jo išsakomus racionalius argumentus prieš prigimtinės teisės principus; jis akivaizdžiai tiki, kad teisė turi atspindėti vyraujančią viešąją nuomonę, šioje situacijoje – graikų kariuomenės nuomonę, arba bent jau jai neprieštarauti. Jo atsakymo maniera nedaug kuo skiriasi nuo šiuolaikinio teisėjo argumentavimo manieros. Standartinis teisėjo gestas yra pripažinti vienos bylos šalies prigimtinį teisingumą, bet priimti jai nepalankų

sprendimą tuo pagrindu, kad taip reikalauja palanki kitai šaliai pozityvioji teisė, kuri aiškiai yra tiesiog organizuota viešoji nuomonė. Beje, vienas iš Amerikos šiuolaikinės pozityviosios teisės bruožų, būdingas taip pat senovės Graikijos pozityviajai teisei, yra tai, kad piliečiai turi daugiau teisių negu užsieniečiai.

Kitas reikšmingas Agamemnono „nutarties" aspektas yra teisingumo vykdymo sunkumas, kai teisėjo funkcijos sutampa su vykdomosiomis funkcijomis. Agamemnonas negali tiesiog apsiriboti teisių ir pareigų nustatymu pasakęs, kad sprendimo priėmimo priešiškos šalies piliečio naudai politinė potekstė yra kitos valdžios institucijos kompetencijoje, kadangi jis pats ir yra ta kita institucija. Teisingumo vykdymas yra supaprastinamas, kai teisėjai gali užtikrintai atmesti teiginį, kad politinė bylos pusė yra jų reikalas, kai politinės valdžios institucijos lygiai taip pat užtikrintai gali pasakyti, kad jiems uždrausta kištis į teisingumo vykdymą. Šio triuko pagalba teisingumas lieka saugus.

Nors Agamemnonas atsisako padėti Hekabei tiesiogiai, jis nedaro kliūčių jos mėginimams pačiai atkeršyti Polimestoriui – kartu su palydovėmis jai pavyksta apakinti jį ir nužudyti visus jo vaikus. Dabar atėjo Polimestoriaus eilė, antroje neformalaus teismo scenoje, prašyti Agamemnono įvykdyti teisingumą. Atsižvelgiant į padarytą žalą, Agamemnonas dabar gali užimti labiau nešališką poziciją: „Gana šio nežmoniško žiaurumo. / Dabar kiekvienas jūsų pateiksite savo bylos versijas / o aš mėginsiu teisti jus abu nešališkai" (1129–1131). Jie pateikia savo priešingas versijas dėl to, kodėl Polimestorius nužudė Polidorą. Įtikintas Hekabės pasakojimo, Agamemnonas pripažįsta Polimestorių kaltu dėl nužudymo ir nurodo, kad jis turi kentėti Hekabės jam sukeltas kančias.

Priimdamas šį sprendimą Agamemnonas pateikia du įdomius pastebėjimus. Pirmasis: „Aš turėčiau gėdingai atrodyti / jeigu leidęs šiai bylai pasiekti teismą / atsisakiau ar nesugebėjau priimti sprendimo." Antrasis: „Mes graikai vadiname [svečio nužudymą] žmogžudyste ... [kaip] galėčiau tave išteisinti / neprarasdamas savo reputacijos tarp vyrų?" (1242–1249). Pirmasis įspūdis, kad Agamemnonas žaidžia politinį žaidimą. Jis suinteresuotas teisingumo vykdymu iki galo Hekabės byloje tik todėl, kad Polimestoriaus išteisinimas nuteiktų prieš jį (Agamemnoną) tautą. Laikydamasis nuošalyje nuo Polimestoriaus faktiško nubaudimo jis vienu metu sugebėjo nepasirodyti palaikąs Trojos pusės prieš graikų sąjungininką bei sudarė sąlygas teisingumui įvykdyti – nors žiauriu ir nesaikingu būdu, kuris simbolizuoja kerštą kaip metodą teisingumui pasiekti; Polimestoriaus vaikai nedalyvavo savo tėvo nusikaltime.

Tačiau toks Agamemnono pozicijos vertinimas yra nepakankamas. Apeliuodamas į graikų požiūrį dėl svečio nužudymo jis remiasi teisės koncepcija, kuri skiriasi tiek nuo prigimtinės teisės, tiek nuo teisės kaip viešosios nuomonės. Tai teisės, kaip labai įsišaknijusio papročio, atitinkančio visuomenės dalies poreikius, koncepcija. Nors ypatingo bjaurėjimosi svečių žudiku priežastys nėra aiškiai išdėstytos tragedijoje, jos yra pakankamai nedviprasmiškos. Visuomenėje, kur prekyba yra tiek naudinga, tiek ir dėl viešųjų teisėsaugos institucijų nebuvimo rizikinga ir nesaugi, šeimininkų pareiga užtikrinti savo svečių, ypač atvykusių iš toli ir turinčių prabangių prekių (kaip, pavyzdžiui, auksas, kurį Polidoras – kurio vardas reiškia „dosniai apdovanotas" – atvežė kartu su savimi į Trakiją), saugumą yra stipri paprotinė norma. Ši norma įtikina-

miau pagrindžiama praktiniu visuomenės poreikiu, negu kažkokios antgamtinės jėgos įsakymu, nors jai paremti galima pasitelkti į pagalbą ir antgamtines jėgas siekiant padaryti ją įtakingesnę ir labiau privalomą. Be to, tai lokalinio pobūdžio norma – „mes graikai" nebūtinai reiškia „mes graikai ir jus trojiečiai taip pat", ypač turint omenyje, kad būtent trojiečių piktnaudžiavimas svetingumu sukėlė Trojos karą. Abiem šiais aspektais ši norma skiriasi nuo prigimtinės teisės koncepcijos, kuri, būdama pagrįsta gamtoje egzistuojančia normine tvarka, galima sakyti, yra universali. Ir nors paprotinė norma naudojasi stipria visuomenės parama, ji daug mažiau, negu įprasta įstatymų leidyba, priklauso nuo staigių viešosios nuomonės pokyčių. Šia prasme ji panaši į konstitucinę normą.

Tačiau ši teisės sampratų analizė „Hekabėje" nepaaiškina Agamemnono nuotaikos pasikeitimo tarp pirmojo ir antrojo „teisminio nagrinėjimo". Darydamas prielaidą, jog, kadangi Hekabė faktiškai atliko už Agamemnoną jo juodą darbą, jis galėjo persimesti jos šalies pusėn nesukeldamas graikų pasipiktinimo, aš paaiškinau Agamemnono elgesį gėdingais „politiniais" sumetimais, atitinkančiais jo pabrėžtą rūpinimąsi savo „reputacija". Be to, Agamemnono teisėjavime galima įžvelgti teisėtumo ir atsargumo mišinį. Jis yra graikų kariuomenės vadas, bet ne tironas. Jam, kaip ir bet kuriam demokratiškam vadovui, pridera paisyti viešosios nuomonės. Jis turi suderinti Hekabės reikalavimus su vyraujančiu viešuoju interesu, už kurio gynimą jis yra atsakingas. Jo vadovavimo efektyvumas, o kartu ir gebėjimas apsaugoti vyraujantį viešąjį interesą, priklauso nuo jo prestižo („veido"); taigi jis turi ginti ir pastarąjį. Čia mes paskubomis apžvelgėme vadinamąjį apdairumo teisingumą, apie kurį bus daugiau kalbama kitame skyriuje.

Ypač didelio susidomėjimo jurisprudencijos istorija priežastis yra gyvumas, su kuriuo „Hekabė" vaizduoja perėjimą nuo privataus keršto sistemos – ji žiauriai įgyvendina dalelę normų, ne tik atrodančių, bet tam tikra prasme ir esančių gamtos dalimi, kadangi jos greičiau kyla iš žmogaus socialinės prigimties, negu yra priimamos formalių institucijų – prie viešosios teisėsaugos sistemos, priderinamos prie viešosios nuomonės ir tvarkomos pilietinius ir politinius įsipareigojimus turinčių žmonių. Tas pats perėjimas yra akivaizdus labiau žinomoje graikų tragedijoje „Antigonė", kurioje Antigonė atitinka Hekabę, o Kreonas – Agamemnoną.[9] Visuomenėje, kurioje valdžios institucijos nėra atskirtos, negalima tikėtis kokybiško teisėjų funkcijų vykdymo. Vyrauja įspūdis, susidarantis tiek apie Agamemnoną, tiek apie Kreoną, kad jie abu yra politiniai prisitaikėliai, ignoruojantys prigimtinės teisės reikalavimus. Jie yra pirmieji teisiniai pozityvistai ir nenuostabu, kad savo ankstyvosiose stadijose pozityvizmas pasirodė neįspūdingai, kaip ir Platono pavaizduotame Trasimacho vaidmenyje „Respublikoje". Kad sklandžiai veiktų, pozityvizmui būtinos institucijos, kurių sukūrimas užima daug laiko, nors netgi savo anksčiausiose ir primityviausiose stadijose jis buvo pranašesnis už privataus keršto sistemą.

[9] Žr. Law and Literature: A Misunderstood Relation (1-oji nuoroda), p. 111–112, o apskritai apie perėjimą nuo keršto prie teisės žr. ten pat, 1 sk.

Garsus Alessandro Manzonio romanas „*I Promessi Sposi*" (Sužadėtiniai) vaizduoja kitokią, bet panašią pozityviosios teisės kovos dėl įsitvirtinimo problemą.[10] Veiksmas vyksta šiaurinėje Italijos dalyje (daugiausia Ispanijos valdomoje Milano hercogystėje) pirmojoje 17 a. pusėje – šis regionas tuo metu garsėjo dideliais politiniais neramumais. Nepaisydami įstatymų, galingi didikai ginkluotų bravų gaujų padedami terorizuodavo kaimo gyventojus. Gubernatorius leidžia vieną įsaką po kito skelbdamas bravus už įstatymo ribų ir skirdamas jiems ypač griežtas bausmes, tačiau įsakai nevykdomi, bravai su savo vadeivomis klesti. Rencas, jaunas valstietis, yra susižiedavęs su Liučija, kurios trokšta vienas maištaujantis didikas donas Rodrigas. Donas Rodrigas siunčia savo bravus įbauginti kaimo vikarą, kad pastarasis atsisakytų sutuokti šią jauną porą. Įbauginimas pasiseka. Naiviai tikėdamas, kad įstatymas turi galią, Rencas kreipiasi pagalbos į vietos teisininką, pravardžiuojamą Daktaru Priekabiautoju, džiugiai nešdamasis naujausią įsaką prieš bravus. Priekabiautojas mano, kad Rencas yra bravas, kuris nori, kad jis rastų įsake spragą, ir imasi šio darbo su teisininkui būdinga aistra formalumams. (Daugelis neprofesionalų mano, kad tai vienintelė teisininkų aistra.) Tačiau vos tik sužinojęs, kad Rencui reikalinga pagalba įgyvendinant įsaką prieš doną Rodrigą ir jo gaują, Priekabiautoją apėmė baimė ir jis išvijo Rencą iš savo kontoros. Įstatymų nepaisantys didikai, tokie kaip donas Rodrigas, pasamdė teisininkus, kad jie neutralizuotų beviltiškus gubernatoriaus įsakus; Priekabiautojas neveiks prieš savo patroną.

Taigi matyti visiškai nevaisingos teisės sistemos vaizdas, nesvarbu, kad jos geri ketinimai iš dalies dėl to, kad teisininkai yra bailiai. Tačiau Rencas negali Hekabės pavyzdžiu pasirinkti keršto. Kaipgi, jei tai iš viso įmanoma, žmonijos galingas teisingumo geismas turi būti išreikštas? Numanomą atsakymą randame, kai vietoje teisės nesėkmės pabrėžimo romano pradžioje atsiranda religijos triumfas jo viduryje ir pabaigoje.[11] Išvarytas iš savo kaimo po nesėkmingo mėginimo apgaule priversti vikarą sutuokti jį su Liučija, Rencas pagaliau atsiduria Milane siaubingos maro epidemijos protrūkio metu. Jam (kaip ir Liučijai, kuri pabėgo į Milaną po to, kai donas Rodrigas ją pagrobė) pavyksta išgyventi ir jis sugrįžta namo, kur randa nuo maro mirštantį doną Rodrigą. Vikaro baimė praeina; Rencas ir Liučija pagaliau susituokia ir toliau laimingai gyvena. Pagrindiniai personažai, apsaugoję jaunavedžius nuo nelaimės ir užtikrinę laimingą istorijos pabaigą, yra Tėvas Kristoforas ir kardinolas Boromėjas. Pastarasis (beje, tikra istorinė asmenybė) taip pat padeda sušvelninti maro siaubą. Tuo norima pabrėžti, kad tikėjimas leidžia jei ne įveikti pabaisas – marą ir anarchiją – tai bent jau sušvelninti ir pakęsti jas. Pozityvioji teisė tokioje situacijoje gali būti visai beviltiška, tačiau Dievo paremta prigimtinė teisė vaidina svarbų vaidmenį – mažų mažiausiai kaip pozityviosios teisės vertinimo kriterijus. Nors ir sunkiai, kartais prigimtinė teisė pasiteisina.

[10] Biografijos faktų žr. Gien Piero Barricelli knygoje *Alessandro Manzoni*, p. 111–163 (1976).

[11] Tas pats kontrastas randamas kitame garsiajame „teisiniame" romane, *Broliai Karamazovai*, kur teisės nesėkmė yra pavaizduota kaip žmogaus proto nesėkmė apskritai. Žr. *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1-oji nuoroda), p. 166–171.

Kitame literatūriniame prigimtinės teisės apmąstyme – Shakespeare'o tragedijoje „Karalius Lyras" – perėjimas nuo istorinės jurisprudencijos, kur prigimtinės teisės reikšmė, atrodo, laikoma savaime suprantamu dalyku (kadangi istorinė jurisprudencija pagrindinį dėmesį skiria teisės evoliucijai, o ne pagrindinėms jurisprudencijos problemoms), prie literatūrinio šios reikšmės atvaizdo yra užbaigtas. Tragedijoje yra trys teismo scenos.[12] Pirmoji yra suvaidinto klastingų Lyro dukterų teismo, vykdomo Lyro kartu su jo palyda, scena. Antroji, vykstanti beveik vienu metu su pirmąja, yra Glosterio, savo pavainikio sūnaus Edmundo melagingai apkaltinto išdavyste, teismo scena. Šis procesas baigiasi kaltinamuoju nuosprendžiu ir Glosterio nubaudimu apakinimu. Trečiasis teismas įvyksta dvikovos, kurioje Edgaras, Glosterio santuokinis sūnus, nužudo Edmundą, forma. Antrasis teismas vienintelis atitinka šiuolaikinius teisinius formalumus (kurie buvo tokie patys kaip ir Shakespeare'o laikais) – bet tai blogas farsas. Pirmasis, tariamas farsas, įvykdo tikrą, nors ir nerezultatyvų teisingumą, pasmerkdamas blogas dukteris.

Trečiasis teismas seka viduramžių Anglijos teisės, kai buvo tikima, kad Dievas išsprendžia teisinį ginčą suteikdamas pergalę teisiam kovotojui, pavyzdžiu.[13] Tačiau išvada, kad Edgaro pergalė reiškė prigimtinės teisės pergalę ir dar vieną pozityviosios teisės pralaimėjimą, reikštų per daug supaprastintą pjesės požiūrį į „prigimtį" traktavimą. Vaizduodamas pjesėje laikus, kai Anglija dar nebuvo krikščioniška šalis, Shakespeare'as nevaržomai gali duoti valią hipotezėms, kurios krikščionybės laikais būtų laikomos šventvagiškomis. Ir jis visapusiškai išnaudoja šią progą. Pjesėje pateikiamas gamtos vaizdas nėra susijęs su normine tvarka, bet (su išimtimis, kurios netrukus bus aptartos) beveik visiškai atvirkščiai. Edmundas duoda tam tikrą toną jau savo pirmajame monologe (I aktas, 2 scena, II. 1–22), kuris prasideda žodžiais „Tu, Gamta, mano deivė. Aš tarnauju/vien tavo dėsniams." Kaip Edmundas paaiškina, gamtos požiūriu jis ne tik toks pat teisėtas vaikas kaip ir jo brolis Edgaras, tačiau net labiau, kadangi jis, pradėtas „geismo siautuly slaptam", gavo daugiau gyvybinės gamtos jėgos negu jo brolis, pradėtas vedusių asmenų „nykiam, slogiam, beaistriam guoly"; taigi jis nusprendžia bet kokia kaina pašalinti Edgarą, o vėliau ir jųdviejų tėvą. Tačiau jei Regana ir Gonerilė yra nenatūralios savo nepagarba tėvui, jos yra labai natūralios – visai kaip gyvuliai – savo godumu, egoizmu, žiaurumu ir paleistuvavimu. Abi būdamos ištekėjusios begėdiškai varžosi tarpusavyje dėl galimybės permiegoti su Edmondu, o Gonerilė, be to, dar turi meilės ryšių su savo ūkvedžiu Osvaldu. Galiausiai, jeigu Lyras yra nenatūralus iš pradžių atstumdamas Kordeliją, jis visiškai natūralus savo senatviniu (= vaikišku) geismu būti mylimam be jokių ribų ir nerūpestingai mėgautis gyvenimo malonumais.

[12] Plačiau žr. John F. Danby, *Shakespeare's Doctrine of Nature: A Study of „King Lear"* (1949); Dorothy C. Hockey, „The Trial Pattern in *King Lear*", 10 *Shakespeare Quarterly*, p. 389 (1959); „Shakespeare and Legal Process: Focus Essays," 61 *Virginia Law Review*, p. 390, 429–432 (1975).

[13] Puikus Viduramžių teismo dvikovos forma nagrinėjimas pateiktas R. Howardo Blocho knygoje *Medieval French Literature and Law*, p. 46–53 (1977).

Gamtos aprašymas tragedijoje „Karalius Lyras" yra nepaprastai šiuolaikiškas (kas, beje, būdinga Shakespeare'o kūriniams); tai kraugeriška gamta, su kuria vėliau mus supažindino darvinizmas. Teisingumas, kurio ieško tiek Lyras, tiek Glosteris, pagal savo prigimtį nėra – arba yra ne vien, nes, nepaisant visko, Edgaras nugalėjo Edmundą dvikovoje, – norminė tvarka. Tai visuma civilizacijos vertybių, pagrįstų nuosavybe, pagarba ir hierarchija: visuma, kuri įtvirtina – nepaisant triukšmingų gamtos reikalavimų – teisėtą ir teisingą Lyro, Edmundo, Edgaro, Osvaldo ir visų kitų padėtį.

Tuo neketinama neigti tą svarbią prasmę, pagal kurią karalienės Elžbietos I laikų publika laikytų Edmundo, Reganos ir Gonerilės elgesį (kaip ir Lyro elgesį, kai jis atstūmė Kordeliją) „nenatūraliu", o Edgaro pergalę prieš Edmundą – prigimtinės teisės triumfu. Ši publika, stipriai įkvėpta viduramžių minties vertybių, kurios, beje, taip pat buvo tradicinės Anglijos vertybės Renesanso laikais, manytų, jog pirmieji trys elgėsi kaip gyvuliai, ir kad toks elgesys prieštarauja mūsų žmogiškajai „prigimčiai".[14] Tai nėra absurdiškas skirtingumas. Net jei žmogus elgiasi kaip gyvulys, ne kiekvienas gyvulys elgsis taip pat. Lokiui būdinga žiemoti, tačiau žiemojantis žmogus elgiasi nenatūraliai. Galima žengti žingsnį į priekį ir sutikti su Akviniečiu (iš kurio kilo tradicinė Renesanso gamtos samprata), kad žmogaus prigimtis yra išskirtinė dėl jo gebėjimo mąstyti, kurio neturi gyvuliai. Tačiau gebėjimas mąstyti pats savaime nenulemia jo panaudojimo kilniems tikslams. Edmundas, Jagas ir kiti Shakespeare'o piktadariai naudoja savo mąstymą niekšybėms daryti, tad jei vadinsime juos nežmoniškais, nenormaliais, tuomet žmogiškąją prigimtį neišvengiamai reikia skirstyti į gerąją ir blogąją. Tačiau tai neatitinka natūralistinės moralės – „gamta" neberodys mums teisingo kelio. „Geroji" žmogiškoji prigimtis yra ta, kurią mums įdiegė Dievas ir kuri yra norminė dėl to, kad yra Dievo paremta – tai idealizuota gamtos samprata – o ne dėl to, kad tai tikslus žmonių apibūdinimas. Kai mes atsisakome gamtos kaip normų šaltinio, mes priversti sugrįžti prie visuomenės papročių.[15] Daug yra prarandama dėl šio pasitraukimo. Visada galima kritikuoti teisę, tačiau prigimtinės teisės samprata suteikia objektyvios kritikos galimybę. „Karaliuje Lyre" matyti „objekto" išnykimo pradžia („pradžia", nes Edgaro nugalėjimas Edmundo gali būti laikomas Dievo teisingumo ženklu). Visuomeninis gyvenimas yra patogus atskaitos taškas, iš kurio gamta gali būti suvokiama kaip amorali, bei kuris pakeičia pačios gamtos siūlomą poziciją, iš kurios reikėtų vertinti žmonių sukurtą teisę; tačiau visuomeniniam gyvenimui trūksta pastovumo.

[14] Ši mintis pabrėžiama Danby (12-oji nuoroda); žr. taip pat George C. Herndl, *The High Design: English Renaissance Tragedy and the Natural Law*, p. 44–48 (1970). Paul Delany straipsnyje „*King Lear* and the Decline of Feudalism," 92 *Publications of the Modern Language Association*, p. 429 (1977), teigia, kad Edmundas atstovauja gimstančio kapitalizmo vertybėms, o Lyras ir jo šalininkai – atgyvenusioms feodalinėms vertybėms. Be abejo, prigimtinė teisė yra viena iš institucijų, kurioms priešinasi pasaulietinis individualizmas.

[15] Žr. Robert J. Bauer, „Despite of Mine Own Nature: Edmund and the Orders, Cosmic and Moral," 10 *Texas Studies in Literature and Language*, p. 359 (1968). Taip pat prisimintina 7 skyriuje padaryta išvada, kad bet kuri moralinio realizmo forma yra problemiška be ontologijos, kuri paverčia moralės principus neatskiriama visatos dalimi.

Prigimtinė teisė ir feministinė jurisprudencija

Tiek „Hekabėje", tiek „Antigonėje" moteris remiasi prigimtine teise protestuodama prieš teisinį pozityvizmo įkūnijimą vyruose. Tai paplitęs literatūrinis šablonas. Prisimintina Porcija, apeliuojanti į Šeiloko (neegzistuojantį) gailestingumą komedijoje „Venecijos pirklys", Izabelė, maldaujanti Andželo pasigailėjimo komedijoje „*Measure for Measure*", kapitonas Veris, G. Melvilio knygoje „Bilis Badas" duodantis nurodymus karo tribunolui nepaisyti „moteriškumo vyruose", moterų sukilimas prieš vyrų teisingumą Susan Glaspell apysakoje „A Jury of Her Peers".[16] Įdomiausias pavyzdys yra teisinių klausimų nagrinėjimas epizode su ciklopu Jameso Joyce'o knygoje „Odisėjas", kur „teisė" ir žmonės, kurie patiria malonumą jos procedūriniuose vingiuose, pavaizduoti vyrais, o Bloomas, užjaučiantis tuos, kurie nesugeba įveikti techninių teisės kliūčių, pavaizduotas moterimi.[17]

Minėti veikalai sukelia įspūdį, kad egzistuoja raiškiai vyriškas požiūris į teisę – požiūris, kuris mėgaujasi teisiniu formalizmu, taisyklėmis, griežtu aiškinimu, „sunkiomis" bylomis (kaip paaiškinta 5 skyriaus 1-ojoje nuorodoje) – ir toks pat ryškus moteriškas požiūris, akcentuojantis nešališkumą, plačius standartus, realųjį teisingumą, diskreciją. Vyriškas požiūris išskiria iš gausių ginčo detalių kelis pagrindinius faktus ir suteikia jiems lemiamą reikšmę. Tai normomis pagrįsta teisė. Moteriškas požiūris mėgsta grįsti sprendimą bylos aplinkybių visuma, nevaržoma taisyklių, ribojančių vaizduotę, nesivarginant dėl būtinybės suderinti sprendimą su bendrais „neutraliais" principais.[18] Ypač didelis dėmesys detalėms sukuria dar vieną feministinio ir literatūrinio požiūrio į teisę sąryšį. Literatūrinei kalbai būdingas konkretumas, o daugybė moterų kritiškai vertina abstrakcijas, laikydamos jas išimtinai vyrišku realybės suvokimo metodu. Feminizmui atstovaujančios teisės mokslininkės kartu prisidėjo prie teisės ir literatūros plėtros ir naudojo literatūros pavyzdžius savo kūriniuose.

Čia dėstomoje koncepcijoje vyriškas požiūris atitinka teisinį pozityvizmą, o moteriškas – prigimtinę teisę. „Vyriškajame" teisės sampratų spektro gale teisė yra žvėriška, nehumaniška; toks yra tarp neprofesionalų paplitęs teisės supratimas, kuris gerai atspindėtas grožinėje literatūroje.[19] Moteriškajame šio spektro gale teisė virsta „visuotinio teisingumo" anarchija, kurios simbolis yra Sokrato teismas bei totalitarinių režimų teismo komedijos, pvz., Mao Dzeduno „liaudies teismai". Subrendusi teisės sistema atmeta abu kraštutinumus ir pakeičia juos taisyklių ir diskrecijos, teisės ir tei-

[16] Žr. *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1-oji nuoroda), p. 112–112.

[17] Žr. Jon Bunge, „Bloom's Attack on Law in the „Cyclops" Episode of Joyce's *Ulysses*" (pranešimas seminare, University of Chicago Law School, 1988 kovo 27).

[18] Žr. *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1-oji nuoroda), p. 108 („Priešpriešinių teisės sampratų lentelė").

[19] Žr. id., 3 sk. Ypač siaubingas teisės ir teisininkų vaizdas pateiktas Tolstojaus kūrinyje „Ivano Iljičiaus mirtis", garsiame pasakojime apie teisėjo baisią mirtį nuo vėžio. Tai turėtų būti vienas iš kritinių Šventojo Rašto teisės mokslų.

singumo, normų ir principų, rašytinių įstatymų ir etikos postulatų (atitinkančių prigimtinę teisę), logikos ir praktinių sumetimų, teisėjų ir tarėjų, objektyvumo ir subjektyvumo deriniu. „Moteriškas" ašigalis gali būti pats paskutinis dalykas, kurio turėtų norėti teisės sistemoje bet kuris engiamos grupės narys – jei taip traktuotume šiuolaikinę Amerikos moterį. Kaip pagrįstai bijojo Sheilokas, įrodinėdamas pažodinio jam Antonio išduoto vekselio aiškinimo būtinumą, diskretiškumą galima panaudoti ir prieš parijus.[20]

Ar iš tikrųjų čia propaguojama mišri sistema yra vyriškų ir moteriškų bruožų derinys, ar šis teiginys pagrįstas stereotipiniu vyrų asocijavimu su logika, abstrakcijomis ir griežtumu, moterų asocijavimu su intuicija ir švelnumu? Jei teisingas yra pirmasis variantas, tai reikštų, kad, kadangi moterys vaidina vis didesnį vaidmenį tarp teisininkų profesionalų, įskaitant ir teisėjus, teisės pobūdis turėtų pasikeisti; labiau bus remiamasi ne normomis, bet principais, mažiau bus kalbama apie logiką ir daugiau apie praktinę prasmę, mažiau bus rūpinamasi teisės apibrėžtumu, objektyvumu ir nešališkumu.

Teiginys, kad skirtingų lyčių ir skirtingų teisės ir teisingumo vykdymo stilių ryšys nėra atsitiktinis, priklauso Carol Gilligan. Ji, nors ir nebūdama teisininkė, savo įtakingoje knygoje išskiria „teisių etiką", kuri, jos nuomone, yra akivaizdžiai vyriška, ir „rūpesčio etiką", akivaizdžiai esančią moterišką.[21] Pagrindinis jos naudojamas įrodymas yra berniukų ir mergaičių skirtingas požiūris į žaidimų taisyklių laikymosi priežiūrą. Berniukai greitai „išnagrinėja" tariamus pažeidimus ir smerkia pažeidėjus. Mergaitės, būdamos labiau empatinės negu berniukai, linkusios nutraukti žaidimą, kai

[20] Ši mintis neseniai buvo išreikšta kai kurių teisės mokslininkų kritikuojant kritinių teisės mokslų judėjimo antiteisių retoriką. Žr. „Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement," 22 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 297 (1987). Teisės srityse, pasižyminčiose ypač dideliu diskretiškumu, pvz., ištuokos teisė, teisininkai išsiskiria ne pagal tai, kas geriau žino įstatymus, bet pagal tai, kas geriau išmano visas gudrybes. Žr., Austin Sarat ir William L.F. Felstiner, „Lawyers and Legal Conciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office," 98 *Yale Law Journal*, p. 1663 (1989). Labiau tikėtina, kad visas gudrybes žinos savas žmogus, turintis pažinčių, negu atstumtasis.

[21] Žr. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982); taip pat *Mapping the Moral Domain* (red. Carol Gilligan, Janie Victoria Ward ir Jill McLean, 1988). Taip pat panašaus pobūdžio Nel Noddings knygą *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (1984); Mary Field Belenky ir kt., *Womem's Ways of Knowing: The Development of Self, Voice, and Mind*, 6 sk. (1986). Gilligan išvados buvo kritikuojamos. Žr., pvz., Catherine G. Greeno ir Eleanor E. Maccoby, „How Different Is the „Different Voice"?" 11 *Sings*, p. 310 (1986); William J. Frredman, Amy B. Robinson ir Britt L. Friedman, „Sex Differences in Moral Judgments? A Test of Gilligan's Theory," 11 *Psychology of Women Quarterly*, p. 37 (1987), bei ten pateiktas nuorodas; Lawrence Kohlberg, *Essays on Moral Development*, 2t., *The Psychology of Moral Development*, p. 338–370 (1984). Empirinis pritarimas Gilligan nuomonei gali būti aptiktas Maureen Rose Ford ir Carol Rotter Lowery straipsnyje „Gender Differences in Moral Reasoning: A Comparison of the Use of Justice and Care Orientations," 50 *Journal of Personality and Social Psychology*, p. 777 (1986); Mary K. Rothbart, Dean Hanley ir Marc Albert, „Gender Differences in Moral Reasoning," 15 *Sex Roles*, p. 645 (1986). Apskritai apie feministinę teoriją žr. Alison M. Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature* (1983); Jean Grimshaw, *Philosophy and Feminist Thinking* (1986), ypač 7 sk.

kas nors apkaltinamas pažeidimu, kadangi bijo, jog mėginimas nustatyti kaltinimų pagrįstumą sukels skausmingą jausmą. Berniukai linkę teisti pažeidėjus pagal nusistovėjusias griežtas taisykles. Mergaitės linkusios visapusiškai žmoniškai įvertinti tariamą pažeidimą, kreipdamos ypač daug dėmesio į tai, kad nežlugtų draugystė. Gilligan neaptaria, ar šiuos elgesio skirtumus, kuriuos ji pastebi ne tik žaidimuose, bet ir berniukų ir mergaičių reakcijoje į hipotetines moralines situacijas, nulemia biologija ar auklėjimas ir, jei teisingas yra antrasis variantas, ar jie negalėtų būti netiesioginis moterų diskriminacijos rezultatas.

Klaidinga būtų nuvertinti Gilligan požiūrį iki teiginio, jog moterys yra mažiau principingos negu vyrai. Greičiau jų principai yra skirtingi.[22] Moterys labiau suvokia griežto taisyklių laikymosi trūkumus (ypač pabrėžiama atkaklaus tvirtinimo, kad viena šalis teisi, o kita – ne, įtaka tarpusavio santykiams), o vyrai – privalumus. Šis skirtumas, Gilligan įsitikinimu, lemia moterų ir vyrų skirtingus požiūrius į tinkamus konfliktų sprendimų principus.

Teisių etika, aprašyta Gilligan, atitinka formalistinį teisės stilių („normas"), o rūpesčio etika – labiau kontekstu pagrįstą, asmeninį ir diskretišką stilių („tikrasis teisingumas"). Taigi Gilligan prielaida turi potencialią reikšmę visavertei feministinei jurisprudencijai – tokiai, kuri neapsiriboja vien moterų teisinėmis problemomis, kaip antai: lygios galimybės, prievarta, pornografija ir seksualinis priekabiavimas darbe, tačiau siekia pertvarkyti visą teisę ir padaryti ją mažiau vyriška (formalia, susaistyta taisyklėmis). Feministinės jurisprudencijos akiratyje dažniausiai yra moterų klausimai, kurie čia nebus aptariami. Tačiau ar egzistuoja išskirtinis moteriškas požiūris į teisę apskritai, kitoks nei ypatingas moterų jautrumas jas liečiantiems klausimams?

Manau, kad ne. Koks bebūtų berniukų ir mergaičių požiūris į žaidimo taisyklių pažeidimus, „rūpesčio etika", apie kurią kalba Gilligan, nėra vien moterų monopolis. Teisės sistema nuo pat pradžių buvo kontroliuojama vyrų, tačiau formalizmas, griežtos taisyklės, potraukis sudėtingoms byloms ir pan., niekada nedominavo joje tiek, kiek buvo teigiama teisės doktrinoje. Kiekvieną Blackstone'ą atsverdavo Benthamas (ir ar negalima pavadinti utilitarizmo pačia empatiškiausia, pačia užjaučiančia iš filosofijų?), kiekvieną Langdellį – Cardozo, kiekvieną Frankfurterį – Murphy, kiekvieną Rehnquistą – Brennanas. Pagrindinis šios knygos akcentas pragmatinei, „realistinei" jurisprudencijai daro ją feministinės juriprudencijos veikalu ne daugiau negu pragmatikų neigimas Cartesio dualizmo, mokslinio realizmo ir kitų „izmų", feminisčių įsitikinimu, charakterizuojančių vyriškąjį mąstymą, daro filosofus pragmatikus feministais. Ir jei norima pabrėžti ne gnoseologines teisinio argumentavimo kiekvienoje konkrečioje byloje privalumus, bet užuojautą silpnesniajai bylos šaliai (vienas iš rūpesčio etikos aspektų), užtenka tiesiog išvardyti daugybę vyriškos lyties teisėjų, kurie negalėjo nuslėpti šios užuojautos, vardų. Netgi esamų tarpusavio santykių išsaugojimo pabrėžimas nėra būdingas išimtinai feminizmui; tai teisės mokslininkų, daugiausia vyrų, akcentuojančių „santykinį" ilgalaikių kontraktų aspektą, teorijų pagrindinis ramstis.

[22] Žr. id., p. 209–211.

Galbūt daugiau moterų negu vyrų turi bruožų, feminisčių laikomų ryškiai moteriškais, tačiau šis trūkumas reiškia ne daugiau negu judėjimą jau žinomame spektre, o ne naują žvilgsnį į jurisprudenciją.

Dėl šios priežasties aš nesutinku su Suzannos Sherry teiginiu, kad „feministinė jurisprudencija akivaizdi, pavyzdžiui, teisėjos O'Connor sprendimuose, grečiausiai nepanaši nė į vieną iš šiuolaikinių jurisprudencijos formų.[23] Sherry dėmesį O'Connor sprendimuose traukia antipatija aiškiai apibrėžtoms normoms ir jautrumas visuomeniniams interesams (štai kaip Sherry paaiškina tą faktą, kad O'Connor yra „teisėtumo" baudžiamosiose bylose konservatorė). Ji galėtų aptikti nemažai tokio pat pobūdžio teisėjo Tomo Clarko bei daugelio kitų tradicinio požiūrio teisininkų sprendimų.

Vienu iš O'Connor sprendimų pagrindu Frankas Michelmanas padarė panašią išvadą, kad jos naudojamas pusiausvyros testas galėtų atspindėti aiškiai feministinį požiūrį.[24] Tačiau pusiausvyros testai buvo patrauklūs ir daugeliui vyriškos lyties teisininkų; iš tikrųjų toks patrauklumas yra vienas būdingų pragmatinio, instrumentinio, „realistinio" teisėjavimo stiliaus bruožų. Atsižvelgiant į tai, kad egzistuoja daugelis pusiausvyros testų, aš abejoju, kad kas nors užrištomis akimis atpažintų O'Connor sprendimus.

Tiek Sherry, tiek Michelmanas sieja, jų manymu, būdingus O'Connor teisėjavimo stiliaus bruožus ne tik su feminizmu, bet ir su „respublikonizmu", Madisono sukurtos Amerikos Respublikos koncepcijos versija.[25] Sherry tvirtina, kad respublikonizmas šia prasme ir moters išskirtinis požiūris yra labai panašūs. Aš abejoju. Tiek, kiek išskirtinė respublikonų jurisprudencija egzistuoja už valdymo sistemos, kurią mums paliko Madisonas ir kiti Konstitucijos kūrėjai, struktūros ribų, ji pabrėžia pilietines ir politines savybes, kitokias nei rūpesčio etika, o tam tikra prasme ir prieštaraujančias[26] jai.

Leslie Bender tvirtina, kad feministinėje deliktų teisėje protingo žmogaus standartą pakeis užjaučiančio kaimyno standartas.[27] Vėlgi nesutikčiau su tuo. „Protingo žmogaus" taisyklė deliktų teisėje užkerta kelią tiek pažeidėjo, tiek nukentėjusiojo tvirtinimams, kad nors vidutinis žmogus ir galėjo išvengti nelaimingo atsitikimo, konkre-

[23] „Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication," 72 Virginia Law Review, p. 543 (1986). Tarp kitų panašaus stiliaus kūrinių žr., pvz., Judith Resnik, „On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges," 61 Southern California Law Review, p. 1877 (1988); Smarjorie E. Kornhauser, „The Rhetoric of the Anti-Progressive Income Tax Movement: A Typical Male Reaction," 86 Michigan Law Review, p. 465 (1987). Kiekvienais metais feministinis O'Connor teisės filosofijos interpretavimas tampa vis mažiau patikimas.

[24] Žr. „The Supreme Court, 1985 Term: Foreword, Traces of Self-Government," 100 Harvard Law Review, 4, 17 n. 68, p. 33–36 (1986). Tačiau Michelmanas labai nedrąsiai gina šį teiginį.

[25] Žr. „Symposium: The Republican Civic Tradition," 97 Yale Law Journal, p. 1493 (1988); taip pat nuorodas, pateiktas teisėjo Richardo H. Fallono straipsnyje „What Is Republicanism, and Is It Worth Reviving?", 102 Harvard Law Review, p. 1695 (1989).

[26] Cf. Grimshaw (21-oji nuoroda), p. 196.

[27] Žr. „A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort," 38 Journal of Legal Education, p. 3, 30–32 (1988).

čios bylos šalis to negalėjo padaryti, nes jos gebėjimai užtikrinti atsargumą buvo žemiau vidutinių. Negaliu suprasti, kodėl Bender ginčija šią išvadą. Ji kelia mintį, kad sprendžiant, koks atsargumo laipsnis yra optimalus, reikia daryti prielaidą, kad potencialūs pažeidėjai nėra visai svetimi savo potencialioms aukoms, tačiau yra nusiteikę jų atžvilgiu švelniai altruistiškai (užjaučiantis kaimynas yra labiau altruistinis negu pašalinis asmuo, bet mažiau negu artimas giminaitis). Tačiau žmonės yra tokie, kokie yra; dauguma kaimynų nėra užjaučiantys, o dauguma nelaimių aukų nėra pažeidėjų kaimynai. Žmogaus prigimties nepakeisi vien preziumuodamas pažeidėjų kaltę, jeigu jie nesugebėjo parodyti tiek atsargumo, kiek būtų parodęs užjaučiantis kaimynas. Vienintelis Bender pasiūlymo įgyvendinimo rezultatas būtų atsakomybės už neatsargumą griežtinimas objektyvios atsakomybės linkme. Įsivaizduokime, kad nelaimingo atsitikimo, kurio metu būtų padaryta 100$ žala, galima būtų išvengti tik išleidus 110$ atsargumo priemonėms. Tuomet nesugebėjimas užkirsti kelio nelaimei nebūtų laikomas nerūpestingumu, ir pagal įprastus deliktinės atsakomybės principus pažeidėjas neturėtų atlyginti nukentejusiajam padarytos žalos. Galbūt užjaučiantis kaimynas imtųsi papildomų atsargumo priemonių nelaimei išvengti, nors tai visai nėra akivaizdu, kadangi Hando nerūpestingumo formulė [1947 m. byloje *United States v. Carrol Towing* teisėjo Learnedo Hando suformuluota taisyklė, kad asmuo laikomas nerūpestingu, jeigu jo padaryta žala yra didesnė negu potencialūs jos išvengimo kaštai. Hando formulė apibrėžia atsakovo rūpestingumo pareigą kaip trijų kintamųjų funkciją: „p" – nelaimingo atsitikimo tikimybė (angl. *probability*); „L" – padarytos žalos ar nuostolių (angl. *Loss*) dydis ir „B" – (angl. *Burden*) – žalos prevencijos kaštai. Taigi asmens nerūpestingumas bus įrodytas, jeigu $B < p \times L$ (*vertėjo pastaba*)] reikalauja iš potencialaus pažeidėjo imtis tokių atsargumo priemonių, kokių jis būtų ėmęsis nukentėjusiojo vietoje, o labai mažai altruistų imtųsi didesnio atsargumo dėl kitų negu dėl savęs. Tačiau palikime tai ir tarkime, kad užjaučiantis kaimynas preziumuojamas kaip labiau atsargus negu vidutinis žmogus; tuomet, pasak Bender, pažeidėjas atsakys, jeigu jis nesugebės išvengti žalos padarymo. Tačiau atsakomybė neprivers jo imtis papildomų atsargumo priemonių. Iš esmės tai jam kainuos daugiau negu numatoma žala. Taigi, jei jis nėra užjaučiantis kaimynas ar kitokios rūšies užkietėjęs altruistas, jis pasirinks sumokėti priteistą kompensaciją užuot ėmęsis papildomų atsargumo priemonių. Faktiškai jo atsakomybė bus objektyvi, kadangi tokia atsakomybės rūšis reiškia, kad pažeidėjas turi atlyginti nukentėjusiajam žalą net jeigu jos nebuvo galima išvengti protingais kaštais. Dėl šios priežasties Bender pasiūlymo esmė yra objektyvios atsakomybės taikymas.

Objektyvią atsakomybę kartais bandoma pateisinti tuo pagrindu, kad jos dėka daugiau nelaimingų atsitikimų aukų gauna kompensacijas; o galbūt moteriškas požiūris į teisę kaip tik ir akcentuos kompensaciją – akivaizdu, kad Bender sieja altruizmą su moterimis. Kita vertus, objektyvi atsakomybė yra labiau pagrįsta griežtomis taisyklėmis, mažiau remiasi principais, yra mažiau kontekstinė, mažiau jautri konkretaus nelaimingo atsitikimo detalėms, negu atsakomybė, pagrįsta nerūpestingumu; šia prasme ji yra labiau vyriško pobūdžio. Tad Bender feminizmas nėra nuoseklus.

Robinas Westas pateikė kitokią feministinės jurisprudencijos versiją, nors joje vėlgi jaučiasi Gilligan įtaka.[28] West aiškina formalistinę teisės sampratą, pavadindama ją „teisiniu liberalizmu". (Liberalizmo kritikai mėgsta pabrėžti, kad jis priklauso nuo formalistinio požiūrio į teisę; tačiau, kaip buvo rašyta 1 skyriuje, tai netiesa.) West pabrėžia tą svarbą, kurią teisės liberalas priskiria autonomijai (asmens laisvei), kaip teisės garantuotai vertybei, ir jo baimę, kad individualumas paskęs visuomenėje. Radikalūs kritinių teisės mokslų judėjimo nariai pervadina autonomiją į susvetimėjimą ir troškimų objektą paverčia baimės objektu; tuo tarpu sunaikinimą pervadindami į sąryšį jie padaro tokią pat inversiją su liberalo baime. Moterys iš esmės skiriasi nuo vyrų, nes pagrindinė jų patirtis yra sąsajos (dėl nėštumo, maitinimo krūtimi), o ne individualumas. Liberalių pažiūrų feministė, iš esmės patenkinta tokia dalykų padėtimi, pakeičia liberalaus legalisto autonomijos vertinimą artimumo verte, o sunaikinimo baimę – atskyrimo baime. Tačiau kitaip nei radikalūs vyrai, radikalios feministės trokšta autonomijos ir bijo ne susvetimėjimo, bet invazijos, kišimosi.[29]

Čia galima sustoti ir įvertinti išsakytų teiginių teisingumą. Tai labai platus klausimas, kurio visiškai atskleisti neįmanoma. Mano preliminariais samprotavimais egzistuoja du (galbūt trys) esminiai ir galbūt įgimti skirtumai tarp vyrų ir moterų, be akivaizdžių pirminių ir antrinių fiziologinių skirtumų (įskaitant ūgį ir fizinę jėgą): moterys apskritai yra mažiau agresyvios negu vyrai, labiau prisirišusios prie vaikų ir galbūt labiau rūpestingos, labiau paveiktos motinystės instinkto. Tai tik nedideli skirtumai. Moterims ir vyrams būdingų bruožų paskirstymas nėra tolygus. Daugelis moterų pasižymi didesniu agresyvumu ir mažesniu motinystės jausmu, lygiai kaip daugelis moterų yra aukštesnės už vyrus, nors vidutinio vyro ūgis yra didesnis už vidutinės moterš. (Dėl šios priežasties „tikrų" skirtumų tarp lyčių buvimas nėra tinkamas argumentas besąlygiškai atmetant visas moterų kandidatūras darbams, kuriems vidutinis vyras tinka labiau negu vidutinė moteris, atlikti.)

Tai, ką aš vadinu vidutiniais moterų ir vyrų skirtumais, yra susiję dalykai, kurie gali būti natūralios atrankos rezultatas. Ar jie biologiniai, ar ne, jie nėra vien diskriminacijos produktai. Kaip pažymi Gilligan savo paskutiniame straipsnyje, „vyro stereotipas, kaip agresyvaus, o moters, kaip švelnios, kad ir kokie jie bebūtų iškreipti ir riboti, turi tam tikrą empirinį pagrindą. Faktai, kad daugiausia kalinių yra vyrų ir kad mažamečiais vaikais daugiausia rūpinasi moterys, negali būti lengvai atmesti, kaip nesusiję su moralės teorijomis arba kaip neturintys įtakos moralės raidai. Jeigu lyčių skirtumų nėra empatijoje ar moralės argumentuose, kodėl tuomet jie atsiranda, kai kalbama apie etišką ir neetišką elgesį?"[30]

[28] Žr. West, „Jurisprudence and Gender," 55 University of Chicago Law Review, p. 1 (1988).

[29] Šie santykiai sugrupuoti lentelėje id. p. 37. Ši lentelė, beje, – kaip ir kitos id. 36, 63 ir 68 p. – suteikia West straipsniui ironiškai prieštaringą vaizdą. Straipsnis yra taksonominis, abstraktus, „redukcionistinis". Jo feministinis turinys įvilktas į vyrišką formą.

[30] Carol Gilligan ir Grant Wiggins, „The Origins of Morality in Early Childhood Relationships," knygoje *The Emergence of Morality in Young Children*, p. 278, 278–279 (red. Jerome Kagan ir Sharon Lamb, 1987).

Tačiau neaišku, kokia šių skirtumų reikšmė teisei, išskyrus trivialų spėjimą, kad moterys mažiau linkusios pernelyg atkakliai ginti savo poziciją teisme, ar kad jos noriai dirba beprasmiškus viršvalandžius, kurių reikalaujama iš partnerių ar bendradarbių kai kuriose teisinėse kontorose. Tai taip pat nėra skirtumai, kurie būtų įdomūs West. Tačiau jos mintis, kad „sąsajumas" yra būdingas moterų bruožas, bei šio bruožo priskyrimas moters vaidmeniui reprodukcijoje nėra nei tinkamai pagrįsti empiriniais įrodymais, nei apskritai labai patikimi. Vidutinė moteris gali būti mažiau savanaudiška negu vyras, tačiau iš to neseka, kad daugumai moterų trūksta savęs kaip asmenybių vertinimo, ar kad šį jausmą sumenkina nėštumas ar maitinimas krūtimi. Argumentas dėl įsiskverbimo nėra įtikinantis; jei vyrą galima apibūdinti kaip prasiskverbiantį, tai moterį – kaip praryjančią. Faktas, kad tiek mergaites, tiek berniukus prioritetiškai auklėja motinos, sudaro labiau įtikinamą, bet tik hipotetinį pagrindą prielaidai, kad berniukai gali išaugti labiau individualistinės orientacijos negu mergaitės.[31]

Net pripažinus, kad West analizė yra teisinga, jos reikšmė feministinei jurisprudencijai bus kukli. Teisė netaptų moteriška nei Gilligan (ar Sherry, ar Bender, ar Michelmano) teorijos, nei West sukurtos šios teorijos atmainos prasme. West analizė daro prielaidą, kad teisė turi labiau ginti moterų interesus, pripažinti silpnumus, kuriuos sukuria moterų turimas sąsajos jausmas;[32] teisininkai, teisėjai ir įstatymų leidėjai turi bent pasistengti suprasti išskirtinius moterų išgyvenimus, lygiai kaip jie turi stengtis suprasti išskirtinę juodaodžių, žydų, azijiečių ar mormonų dalią.[33] Su tokiais troškimais negalima ginčytis, aišku, jeigu West tikrai teisingai nustatė moterų išgyvenimų ypatumus. Tačiau jų reikšmė jurisprudencijai ribota. Net tie, kurie atkakliai gina ypatingą feministinį požiūrį į teisę kaip visumą (skirtingai nuo tų jos sferų, kurios ypač daro įtaką

Papildomų argumentų žr. June Machover Reinish ir Stephanie A. Sanders, „A Test of Sex Differences in Aggressive Response to Hypothetical Conflict Situations," 50 *Journal of Personality and Social Psychology*, p. 1045 (1986); Alice H. Eagly ir Valerie J. Steffen, „Gender and aggressive Behavior: A Meta-Analytic Review of the Social Psychological Literature," 100 *Psychological Bulletin*, p. 309 (1986); Alice H. Eagly ir Maureen Crowley, „Gender and Helping Behavior: A Meta-Analytic Review of the Social Psychological Literature," 100 id., p. 283 (1986). Tikimybė, kad ištraukoje paminėti skirtumai galėtų būti bent iš dalies genetiniai, aptariama Alice S. Rossi straipsnyje „Gender and Parenthood," 49 *American Sociological Review*, p. 1 (1984). Tikimybė, kad jie visai nesusiję su genais ir net su lytimi patvirtinama faktu, kad Vakarų moterų gnoseologija yra panaši į abiejų lyčių afrikiečių gnoseologiją. Žr. Sandra Harding, *The Science Question in Feminism*, 7 sk. (1986). Stiprių kontrargumentų teiginiui, kad egzistuoja atskira moterų gnoseologija, pagrįsta genais ar kultūra, žr. Mary E. Hawkesworth, „Knowers, Knowing, Known: Feminist Theory and Claims of Truth," 14 *Signs*, p. 533 (1989).

31 Diskusijos šiuo klausimu žr. Judith Lorber ir kt., „On *The Reproduction of Mothering*: A Methodological Debate," 6 Signs, p. 482 (1981).

32 Žr. West, 28-oji nuoroda, p. 58–72; taip pat West, „The Differences in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory," 3 *Wisconsin Women's Law Journal*, p. 80 (1987).

33 Teisėjų supratimo dėl bylų nagrinėjimo įvairiais aspektais būtinybė įrodinėjama Marthos Minow straipsnyje „The Supreme Court, 1986 Term: Foreword, Justice Engenered," 101 *Harvard Law Review*, p. 10 (1987). Žr. taip pat Richard Danzig, „Justice Frankfurter's Opinions in the Flag Salute Cases: Blending Logic and Psychologic in Constitutional Decisionmaking," 36 Stanford Law Review, p. 675, 719–721 (1984).

moterims) nėra originalūs, bet gali tiesiog propaguoti jau egzistuojančias idėjas iš, kaip aš stengiausi pabrėžti visoje knygoje, labiau įvairiaspalvės teisinės paletės negu formalistai linkę pripažinti. Kai kurie deriniai primena jau žinomas vietas teisės spektre, įskaitant „konservatyvų realizmą", kurį Suzanna Sherry sieja su teisėja O'Connor, tačiau kurį vienodai galima priskirti bet kuriam iš daugybės vyriškos lyties teisininkų.

Vėliau Robinas Westas iškėlė radikalesnę teisinio mąstymo perorientavimą. Teisėjai turi nustoti apsimetinėti (ar būti, jeigu jie tikrai yra) nešališkais[34]. Jie turėtų vadovautis empatija bylos šalims ir kitiems asmenims, kuriuos paveiks jų sprendimai. Vienas kontrargumentas šiai idėjai yra griežtai praktinio pobūdžio: teisėjams pritrūks laiko ir emocinės energijos įsigilinti į kiekvienos bylos šalių jausmus ir išgyvenimus, jau nekalbant apie visus kitus, kuriuos gali paliesti teismo sprendimai. Kitas kontrargumentas yra būdingas empatijos teisingumui nenuspėjamumas, o dar kitas – nepageidautina skatinti teisėjus duoti valią emocijoms – ne visos jos bus švelnios. Egzistuoja tiek neigiama, tiek teigiama empatija – staigus jausmų pokytis stebint teisėjui svetimo gyvenimo būdą.

Blogiausia yra įgimtas empatijos šališkumas. Kaip pabrėžė Adamas Smithas savo darbe „Dorovinių jausmų teorija" (*The Theory of Moral Sentiments*), empatija, suprantama kaip altruistinė simpatija (atrodo, būtent taip ją supranta West), greitai silpnėja didėjant socialiniams atitinkamų žmonių skirtumams. Amerikietis labiau išgyvens dėl vieno savo bičiulio mirties, negu dėl tūkstančių amerikiečių žūties nuo žemės drebėjimo ar dėl milijono etiopų mirties nuo bado. Lygiai taip pat ir teismo procese dalyvauja asmenys, įvairiai nutolę savo socialine padėtimi nuo teisėjo, ir tik pats artimiausias sulauks palankiausio sprendimo, nesvarbu kokie jo nuopelnai. Teisėjui yra lengviau užjausti nuomininką, prašantį uždrausti jo iškeldinimą, negu nepažįstamus asmenis, kuriems bus sunku ateityje nuomotis butus jiems tinkamose vietose ir už prieinamą kainą, kadangi savininkų išlaidos padidėjo dėl teisėjų palankumo nuomininkams. Tarkime, sprendimas visiškai beviltiško ieškovo naudai užtrauks (dėl savo precedentinės galios) vieną milijoną dolerių teismo išlaidų, tolygiai paskirstytų 10 000 žmonių, kiekvienas iš kurių atitinkamai praras 100 dolerių. Nešališka empatija reikalautų iš teisėjo įsivaizduoti prarastų 100 dolerių įtaką kiekvienam iš šių 10 000 žmonių, arba įsivaizduoti tokią įtaką vienam tam tikro sprendimo paveikto visuomenės sluoksnio atstovui ir padauginti jį iš 10 000. Nė vienas iš šių dviejų variantų nėra realus. West siūlo teisėjams trumparegiškai vykdyti realųjį teisingumą, pamiršdama, kad vienas pagrindinių ir sunkiausių teisėjo uždavinių yra sugebėti pažvelgti toliau negu vien į konkretaus ieškovo ar atsakovo problemą, sugebėti suprasti nepažįstamus žmones, kurių interesus galės paveikti teisėjo sprendimas.

Kokie bebūtų empatinio teisingumo nuopelnai, jis yra aukščiausias West įnašas į teisės ir literatūros judėjimą[35] bei pabrėžia literatūrinių ir feministinių jurisprudenci-

[34] Žr. „Taking Preferences Seriously" (nepublikuotas darbas, Maryland Law School, 1988).

[35] Žr. „Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory," 60 *New York University Law Review*, p. 145 (1985); „Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral

jos perspektyvų tęstinumą. Įsidėmėtinas garsių literatūros kūrinių bruožas yra jų autorių empatiniai santykiai su įvairiais žmonių tipais, kuriuos skaitytojai ir patys autoriai galbūt laiko atstumiančiais. Kaip jau esu rašęs apie Shakespeare'o Šeiloką „Venecijos pirklyje", „įsivaizduoti žydą kaip visavertį, nors ir negerą, žmogų galėjo tik nedaugelis Elžbietos I laikų žmonių; garsus Shakespeare'o amžininkas Christopheris Marlowe'as negalėjo to daryti. Vaizduodamas Šėtoną kaip herojišką personažą Miltonas rizikavo būti apkaltintas šventvagyste. Pagaliau „Iliada" yra seniausia išraiška supratimo, kad svetimšaliai, esantys Jūsų mirtini priešai, gali turėti tuos pačius jausmus kaip ir Jūs."[36] Aš žengiau dar toliau teigdamas visai kaip West, kad teisėjai ir teisininkai turėtų lavinti savo empatinius gebėjimus.[37] Tačiau tai iš esmės skiriasi nuo reikalavimo, kad teisėjai atsisakytų nusistovėjusių teisėtumo principų, kuriuos, mano supratimu, iškėlė West. Jos teorija painioja teisėjo ir literato vaidmenis.

Komunitarizmas

Feminizmas yra viena iš keleto komunitarinių ideologijų, turinčių įtakos šiuolaikiniam teisiniam mąstymui. Kita yra pilietinis respublikonizmas. Dar kita – konstruktyvi (skirtingai nuo skeptinės) kritinių teisės studijų judėjimo atmaina; Roberto Ungeras yra jos tipiškas atstovas, nors visi kritinių teisės studijų atstovai, bent jau teoriškai, pripažįsta komunitarizmą, o tarp jų ir skirtingų ideologinių atspalvių komunitarinių politinių filosofų, tokių kaip Alasdairas MacIntyre'as, Michaelis Walzeris ir Michaelis Sandelis, esama teminių ir metodologinių sąsajų.[38] Pavyzdžiui, katalikiškų bruožų turi Ungeras ir MacIntyre'as. Aristotelis gi yra globojanti figūra. Nepaisant to, nuotaikos, išskyrus kai kuriuos respublikonus, yra romantiškos. Šiuolaikinės visuomenės formos menkinamos; potraukis peržengti griežtai apibrėžtas ribas, į kurias žmogiškoji prigimtis įspraudžia troškimus, yra nenugalimas. „Kadangi jokios, net svarbiausios, visuomenės vertybės nėra amžinos, mes galime paprasčiausiai nutarti jas atmesti."[39]

Įvairias ideologines pakraipas daugiausia jungia jų priešiškumas liberalizmui, suprantamam kaip kapitalizmo, individualizmo ir ribotų valstybės galių ideologija. Ko-

and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner," 99 *Harvard Law Review*, p. 384 (1985); „Adjudication Is Not Interpretation: Some Reservations about the Law-as-Literature Movement," 54 *Tennessee Law Review*, p. 203 (1987); „Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement," 1 *Yale Journal of Law and Humanities*, p. 129 (1988).

[36] *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1-oji nuoroda, p. 304.

[37] Žr. id., p. 304–305.

[38] Žr. Stephen Holmes, „The Community Trap," *New Republic*, 1988 lapkričio 28, p. 24.

[39] Mark Tushnet, „Critical Legal Studies: An Introduction to Its Origins and Underpinnings," 36 Journal of Legal Education, p. 505, 509 (1986). Atkreipkite dėmesį į panašumą su Richardo Rorty tikėjimu beribiu žmogaus elgesio plastiškumu (12 sk); be to, žr. Lawrence Lessig, „Palstics: Unger and Ackerman on Transformation," 98 Yale Law Juornal, p. 1173 (1989).

munitarai pasisako už aktyvią valstybę, skatinančią visuomenės solidarumą, tiek tiesiogiai, tiek iškeldama įvairias žmones jungiančias vertybes (altruizmą, pilietinę dorybę ir kt.), užuot skatindama savanaudiškų ar siaurų šeiminių tikslų siekimą. Komunitarinio judėjimo (jeigu tik tokią politiškai įvairiaspalvę idėjų visumą galima vadinti judėjimu) iškelti etiniai ir politiniai klausimai nepatenka į šios knygos turinį[40], tačiau vis dėlto tarsiu kelis žodžius apie komunitarų keliamas jurisprudencijos problemas.

Pagrindinė problema yra susijusi su objektyvumu ir realumu. Gana sunku pasiekti bendrą nuomonę dėl kokios nors prielaidos grupei asmenų, besilaikančių liberalių taisyklių; tačiau tokia bendroji nuomonė, atrodo, visai neįmanoma, kai šių taisyklių yra atsisakoma. Kritinių teisės studijų ironija yra ta, kad pademonstravus savo malonumui, jog Amerikos teisė yra absoliučiai neobjektyvi, marionetinė ir politizuota, jos (studijos) reikalauja pertvarkyti teisę pagal absoliučiai lanksčius komunitarizmo principus. Lankstumas yra dviprasmiškas. Kritinių teisės studijų judėjimas nenori pripažinti, kad komunitarizmas gali būti tiek konservatyvios ir reakcinės, tiek liberalios ir radikalios formos, ir nėra lengva pasirinkti kurią nors vieną iš jų, ir kad liberalių vertybių atmetimas, tikintis pakeisti jas kuo nors – dar nežinia kuo – geresniu, yra neapgalvotas žingsnis.[41] Netgi vienas komunitarizmo tradicijos aspektas, toks kaip pilietinis respublikonizmas, apima ištisą politinį ir ideologinį spektrą.[42] Kai kurie šiuolaikiniai respublikonai yra liberalių pažiūrų visuotinės gerovės valstybės šalininkai, pasiryžę panaikinti moterų ir mažumų diskriminaciją. Kiti yra socialkonservatoriai, įsitikinę, kad iš respublikonizmo pozicijų *Gobitis* byla turi didesnę prasmę negu *Barnette* byla, bei *Bowers v. Hardwick* negu *Roe v. Wade*. Respublikonizmas atsirado senovės Romoje kaip griežta, militaristinė politinės ekspansijos ideologija. JAV įkūrėjų respublikonizmas stovi pusiaukelyje tarp Romos ir šiuolaikinio modelių. Kaip nuspręsti, kokią respublikonizmo versiją pasirinkti? Kaip atskirti katalikišką komunos versiją nuo Kastro propaguojamos versijos? Pagaliau, kaip reikia derinti bet kokią komunos duodamą naudą su 12 skyriuje parodytais dideliais jos ekonominiais kaštais?[43] Komunitarai pasirinko komuną nesiaiškindami, kokias pasekmes tai sukels.

Patys komunitarai į visus šiuos teiginius galėtų atsakyti taip: jeigu bendrumas yra nestabilus viešosios politikos pagrindas, individualumas – tuo labiau. Be socialiai nu-

[40] Detalesnės diskusijos šiuo klausimu ieškokite Holmeso straipsnyje (38-oji nuoroda) ir Nancy L. Rosenblum knygoje *Another Liberalism: Romanticism and the Reconstruction of Liberal Thought*, 7 sk. (1987).

[41] Aš aiškiai prisimenu vieną savo kolegą iranietį, priešiškai nusiteikusį šacho atžvilgiu, kuris pasakė, kai šachas atsižadėjo sosto, kad, nesvarbu, kokias abejones gali turėti žmonės dėl Ayatollah Khomeini politikos, blogiau negu šacho valdymo laikais jau nebus.

[42] Šis momentas akcentuojamas Cass R. Sunstein straipsnyje „Beyond the Republican Revival," 97 *Yale Law Journal*, p. 1539 (1988) aptariant šiuolaikinio respublikonizmo kritiką.

[43] Papildomų kaštų įrodymų ieškokite Dan Usher parengtoje Samuel Bowles ir Herbert Gintis knygos *Democracy and Capitalism: Property, Community, and the Contradictions of Modern Social thought* (1986) apžvalgoje, 27 *Journal of Economic Literature*, p. 75 (1989).

lemtos individualumo prigimties, kyla individualių preferencijų autentiškumo klausimas. Cassas Sunsteinas ne kartą taikė psichologinę kognityvaus disonanso sampratą kaip preferencijų tyrimo pagrindą. Susidūręs su priešpriešа tarp giliai įsišaknijusių įsitikinimų ir žiaurios realybės, asmuo, siekdamas palengvinti protines kančias, gali greičiau atsižadėti realybės negu savo įsitikinimų. Taigi juodaodis, kuriam buvo įteigiama, kad Amerika yra lygių galimybių šalis, vėliau, susidūręs su rasizmu, gali nuspręsti ieškoti jo priežasties savyje užuot pripažinęs, kad jo pradiniai politiniai įsitikinimai yra ydingi; arba darbininkas, siejantis savo savigarbą su darbu, gali atsisakyti patikėti įrodymais, kad darbas yra nesaugus ar kenksmingas sveikatai.[44] Šie žmonės elgiasi nerealistiškai, bet ar teisė neturėtų pamėginti apsaugoti juos nuo pasekmių?

Nesu tuo tikras. Visų pirma vieno asmens kognityvus disonansas yra kito epistеminis konservatizmas. Neprotinga būtų atsisakyti giliai įsišaknijusių įsitikinimų pavienių jų klaidingumo įrodymų pagrindu. Vietoje to asmuo stengiasi prisitaikyti prie naujų aplinkybių nesuardydamas, jei tik įmanoma, savo pagrindinių įsitikinimų. Laikinas atsižadėjimas yra vienas iš prisitaikymo metodų, kuris yra racionalus, bet empiriškai sunkiai atskiriamas nuo kognityvaus disonanso.

Antra, net jeigu asmuo yra įsitikinęs valdžios gebėjimu diagnozuoti kognityvų disonansą, būtų rizikinga šiomis diagnozėmis grįsti viešąją politiką – jau nekalbant apie nemalonią teoriją, mokančią, kad žmonėms neleistina būti laimingiems, vietoje to juos reikia priversti suprasti, kad jie gyvena iliuzijomis. Valdžios įsikišimas kognityvaus disonanso atveju galėtų būti grindžiamas prielaida, kad didžioji gyventojų dalis serga sunkia šio disonanso forma. Kaip ir jos marksistinė giminaitė „klaidinga sąmonė", minėtoji prielaida įteisintų ypač toli siekiančią invaziją į asmens autonomiją.

Trečia, kaip ir klaidinga sąmonė, kognityvus disonansas skatina demokratinių preferencijų ignoravimą. Bet ką, kas priimtina kitiems, bet nepriimtina analitikui, galima priskirti kognityviam disonansui ir ignoruoti. Naudojamas kaip politikos formavimo ir teisės aiškinimo pagrindas, kognityvus disonansas skatina teisėjus ir įstatymų leidėjus priversti likusią visuomenę priimti jų asmenines politines preferencijas.

Ketvirta, nežinoma šio fenomeno reikšmė.

Kita didelė komunitarizmo problema yra jo realumas (ši problema tuo rimtesnė, kuo radikalesnė komunitarizmo atmaina). Faktiškai komunitarai pasisako už „supermoralę", t.y. asmens elgesio kodeksas, kuris gerokai daugiau reikalauja iš asmens negu normos, kurių laikosi dauguma šiuolaikinės visuomenės narių. Patirtis rodo, kad komunitarinė moralė yra netinkama, išskyrus mažose izoliuotose bendruomenėse, ir tai tik laikinai; pasaulio istorijoje gausu komunitarinių eksperimentų griuvėsių. Tačiau pasikliovimas patirtimi pasiduoda Richardo Rorty kritikai, kad toks aklas pasitikėjimas neleidžia mums išeiti iš įprastos vagos bei pamatyti pasaulį visai kitoje šviesoje. Be to, kaip bet koks induktyvus mokymas, jis sukelia kitą prieštaravimą, kad be priežasties teorijos nėra pagrindo manyti, kad rytojus bus panašus į šiandieną.

[44] Žr., pvz., Melvin J. Lerner ir Dale T. Miller, „Just World Research and the attribution Process: Looking Back and Ahead," 85 *Psychological Bulletin*, p. 1030 (1978). Plačiau žr. Elliot Aronson, *The Social Animal*, 4 sk. (5 leidimas, 1988).

Tačiau Johno Mackie manymu, komunitarų supermoralės kodeksas bus neveiksmingas dėl trijų priežasčių[45], kurios sudaro rimtą pagrindą tikėti, kad komunitarizmo eksperimentų žlugimas nebuvo atsitiktinis. Visų pirma komunitarinė supermoralė labai kertasi su genetika; mes esame savanaudiški, individualistiniai gyvuliai – žinoma, nevisiškai, kadangi tuomet visuomenės ir net šeimos egzistavimas būtų neįmanomas. Tačiau mūsų altruizmas yra ribotas; nedaugelis mūsų sugeba ilgai ir nuoširdžiai būti atruistais pašalinių atžvilgiu. Skirtingi žmonės pasižymi nevienodu egoizmo ir altruizmo santykiu ir galbūt pastarajam galima daryti įtaką. Tačiau (tai antrasis Mackie argumentas, kuris iš dalies paaiškina pirmąjį) kuo daugiau žmonių elgiasi teigiamai – labiau altruistiškai, labiau sąžiningai – tuo daugiau žmonių linkę tuo piktnaudžiauti. Savanaudžiai ir apgavikai klesti, o altruistai ir dori žmonės jaučiasi apkvailinti. Taigi supermoralė nėra optimali visuomenės būsena, o jai užtikrinti prireiktų didžiulės prievartos, kas savo ruožtu liudytų nesėkmę įtvirtinant tikrąją supermoralę. Visuomenė, kuriai vis dėlto pavyktų užtikrinti supermoralės kodekso laikymąsi minėtomis priemonėmis, būtų neapsaugota nuo tarptautinės konkurencijos – protinio potencialo nutekėjimo ir net užkariavimo.

Šie du argumentai vėl akcentuoja etinį gamtos aspektą, nors ne kaip taisyklių, bet kaip išimčių, nusakančių įmanomas etinių troškimų ribas, šaltinį. Tiesa, gamtą dažnai galima įveikti; bet komunitarai nesugebėjo sukurti tinkamų, civilizuotų, taikių žmogaus egoizmo ir savanaudiškumo įveikimo metodų. Dar kartą reikėtų pakartoti, kad kuo labiau altruistiški tampa vieni žmonės, tuo palankesnės sąlygos sudaromos kitų savanaudiškumui.

Trečias Mackie argumentas liečia visišką supermoralaus elgesio tikslo neapibrėžtumą. Komunitarai nesugeba paaiškinti, ko jie tuo siekia. Lengva įsivaizduoti, kaip pakiltų visuotinės gerovės lygis, jeigu kiekvienas elgtųsi sąžiningai ir taikiai, tačiau, atrodo, kad kritinių teisės mokslų judėjimas – geriausiai žinoma komunitarizmo jurisprudencijos mokykla – siekia daugiau negu doros buržuazinės visuomenės. Kas tas daugiau? Tai nuolat lieka paslaptimi. Judėjimas iš karto pradeda atrodyti per daug skeptiškas dėl teisinės argumentacijos ir per daug pasitikintis socialinių pagerinimų galimybėmis: vienu metu per daug kritiškas ir per daug utopinis. Jis nesiūlo jokių konkrečių socialinių reformų tikslų ir nenurodo, kas būtų laikoma tikru progresu jų siekyje.

Respublikoniškos komunitarizmo versijos nėra tokios jautrios minėtai kritikai iš dalies dėl to, kad jose gausu konkrečių praktinių pasiūlymų. Tačiau dauguma šių pasiūlymų yra viso labo atrinkti iš krūvos kairiųjų liberalų idėjų, be to, šis rinkinys neatspindi tipiško respublikonų nušviečiamo koherentiškumo. Štai viena paskutinių santraukų: „Įtakingiausios respublikonizmo versijos ... seka reikšmingų liberalių tradicijų pėdsakais propaguojant politinę lygybę, būtinybę užtikrinti piliečių apsisprendi-

[45] „Co-Operation, Competition, and Moral Philosophy," Mackie, *Persons and Values: Selected Papers*, 2 t., p. 152, 164–165 (red. Joan Mackie ir Penelope Mackie, 1985). Panašių išvadų žr. B. Douglas Bernheim ir Oded Stark, „Altruism within the Family Reconsidered: Do Nice Guys Finish Last?" 78 *American Economic Review*, p. 1034 (1988); Richard A. Epstein, „The Utilitarian Foundations of Natural Law," 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, p. 713 (1989).

mo laisvę, negalimumą užtikrinti demokratijos be aktyvaus piliečių dalyvavimo, frakcinio susiskaldymo ir savanaudiško atstovavimo teisėto ribojimo naudingumą, patariamąjį politikos vaidmenį. Respublikonų teorijos pirmiausia pabrėžia dialogo ir nesutarimų valdymo procese svarbą; jos sukurtos užtikrinti, kad politiniai veikėjai pagarbiai žiūrėtų į jų politikos paveiktus žmones."[46] Aš suprantu tai kaip atsargų pritarimą aktyvios valstybės modeliui vietoje mūsų laisvesnės, nors gana (klasiškai) liberalios, visuotinės gerovės valstybės. Tai vienu metu konkretesnė ir atsakingesnė pozicija negu ta, kurią užima kiti komunitariniai judėjimai. Tačiau aš klausiu, ką ji laimi kalbant respublikonų kalba, ir aš bijau, kad, kitaip nei mes manome, jos siekiai nesuderinami su mūsų turimu žmonių socialinio elgesio įvaizdžiu.

Be to, respublikonų judėjimas atrodo per daug optimistiškas dar kita prasme. Jis nepagrįstai tiki teisės galia pakeisti žmonių įsitikinimus, o ypač įdiegti pilietinę dorybę. Be abejo, jeigu mes neturėtume jokios teisės sistemos, žmonių turima pilietinės atsakomybės samprata būtų kitokia. Tačiau reikšmingas pasirinkimas yra ne tarp teisės sistemos ir anarchijos, bet tarp vienos teisės sistemos, kuri daugeliu atvejų apsiriboja paskatų keitimu, ir kitos, kuri, be to, siekia formuoti charakterį ir ugdyti pažiūras. Kaip buvo pažymėta 6 skyriuje, nedaug faktų patvirtina, kad amerikiečiai modeliuoja savo pilietinį gyvenimą pagal teisę, taigi galbūt siekis teisės pagalba atgaivinti ar, tiksliau sakant, pralenkti kūrėjų respublikonizmą būtų tiesiog išteklių švaistymas.

Feministinį ir komunitarinį judėjimus sieja glaudesni ryšiai negu vien mano vadinamas nerealistinis visuotinio altruizmo siekis. Požiūrio į moters vaidmenį visuomenėje pasikeitimas yra naujas ryškus pavyzdys, demonstruojantis gilių socialinės struktūros pakeitimų galimybę. Šis pavyzdys palaiko komunitarų svajonę, kad žmogaus prigimties ir socialinės sąveikos teorijos, kurias, atrodo, patvirtino tūkstantmečių patirtis, vis dėlto gali būti sąlyginės ir nuginčijamos. Tačiau šis konkretus pavyzdys nėra įtikinamas. Moterų lygiateisiškumo idėja nėra nauja.[47] Naujas yra jos platus pripažinimas, kurio priežastys yra ekonominiai ir sociologiniai: vaikų moralės sumažėjimas (moteriai nebereikia būti nuolat nėščiai, kad turėtų tvirtą garantiją, jog vienas ar keli jos vaikai sulauks pilnametystės); patobulinti kontracepcijos metodai; įvairios lengvinančios darbą buitinės technikos atsiradimas; purvinų, pavojingų ar sunkių darbų dalies bendroje darbų masėje sumažėjimas. Šių veiksnių sąveika lėmė tiek moterų darbo jėgos pasiūlos, tiek paklausos padidėjimą, dėl ko labai paplito moterų darbas bei atitinkamai pasikeitė tinkamo moters vaidmens visuomenėje samprata.[48] Vargu, ar kokios nors jėgos dabar galėtų priversti kapitalizmą nueiti patriarchato keliu. Priešingai, kuo sudėtingesnė tampa visuomenė, tuo mažiau realus atrodo socializmas. Nepaisant visko, moterų judėjimas nėra žmogaus prigimties lankstumo įrodymas. Radikalūs komunitarai tyčiojasi iš teisės sampratų, laikomų liberalios valstybės pamatais, tikėdami, kad utopija pakils iš pelenų. Tačiau ši viltis vis labiau tolsta.

[46] Sunstein (42-oji nuoroda), p. 1589.

[47] Žr., pvz., Mary Wollstonecraft, *Vindication of the Rights of Woman* (1972).

[48] Patvirtinančių faktų ir nuorodų ieškokite mano straipsnyje „An Economic Analysis of Sex Discrimination Law," 56 *University of Chicago Law Review*, p. 1311 (1989).

V DALIS

JURISPRUDENCIJA BE PAGRINDŲ

14 SKYRIUS

Neotradicionalizmas

Visoje šios knygos argumentacijoje kaip motyvas kartojasi skeptiška nuostata dėl to, ar ir kiek teisė yra autonomiška socialinės minties sritis. Ji tokia galėtų būti tada, jei net sunkiausi teisės klausimai galėtų būti galutinai ar bent patenkinamai išspręsti, neperžengiant konvencinių teisinės kultūros sričių, kitaip tariant, naudojant tik tuos argumentų ar įrodymų įrankius, kuriuos juristai įgyja su teisiniu išsilavinimu ir patirtimi. Kitas knygos motyvas yra teiginys, kad gretutiniai dalykai, kaip antai: filosofija ir ekonomika, nepaisydamos savo turtingumo, negali užpildyti teisinės minties trūkumų. Trečiasis motyvas yra pragmatizmas: teisės doktrinoms būdingas stabilumas kyla iš to, kad jos duoda socialiai pageidautinus rezultatus. Šiems motyvams susipynus, atsitinka tai, ką daugelis teisės profesionalų palaikytų menku ir nuviliančiu kūriniu. Atrodo, kad teisininkai ir teisėjai laužo galvas ir vargais negalais išsprendžia klausimus, kurie dažnai negali būti išspręsti kitaip nei pagal paties sprendimą priimančio asmens asmenines vertybes ir preferencijas, sudarančias socialinę viziją, kuri gali visiškai nesiderinti su kitų asmenų socialinėmis vizijomis. Todėl šios knygos išvados yra skeptiškos bendrąja prasme, nors knygos skepticizmą švelnina pripažinimas, kad dauguma teisinių disputų gali būti išspręsti pakankamai lengvai, pasinaudojant įvairiopais praktiško samprotavimo būdais, ir kad bet kuriuo atveju teisei socialinę vertę daugiausia suteikia ne ginčų sprendimas, bet jų atsiradimo prevencija, pasiekiama nustatant taisykles, pagal kurias žmonės gyvena (greičio apribojimai; nuostatos dėl reikalavimų, būtinų galiojančiam testamentui sudaryti; kriminalinių veiksmų draudimai ir pan.). Tokia teisės samprata nėra pakankamai pakylėta, kad patenkintų daugelį teisės profesionalų, todėl nenuostabu, kad nuolat dedamos pastangos įrodyti teisinio mąstymo autonomiškumą ir objektyvumą, kad ir kokie bergždi atrodytų šie mėginimai.

Teisės teoretikai, kuriuos vadinu „neotradicionalistais", tvirtina, kad teisė savyje turi visus tinkamam teisinių ginčų sprendimui reikiamus išteklius, kad ir koks rimtas kiltų ginčas (jis galėtų būti kilęs dėl teisingumo rasei ar lyčiai, abortų, ekonominės laisvės, mirties bausmės – dėl bet ko). Savo ankstesniuose tekstuose šiuos teoretikus vadinau „naujaisiais konvencionalistais", tačiau tai nelabai vykęs pavadinimas. Jis trikdo filosofus, kuriems „konvencionalizmas" reiškia visai ką kita (tai nuomonė, kad logikos, matematikos, mokslo ir moralės principai esą teisingi pagal susitarimą,

„konvenciją"), nors jis, kaip metafizikos priešingybė, susijęs su teisės teoretikų vartojamu „konvencionizmu", panašiai kaip filosofinis pozityvizmas susijęs su teisiniu pozityvizmu. Be to, tas pavadinimas atrodo menkinantis ir yra nepakankamai apibrėžtas. Alternatyviu terminu galėtų būti vėl prikeltas „tradicinis legalizmas"[1]. Šis judėjimas „prie šaknų" čia ypač tinka dėl to, kad jis naudojasi filosofija, kad būtų įrodytas filosofijos nereikalingumas teisei. Kaip ir pragmatizmas, jis įtariai vertina pirminius principus.

Teisės kaip savarankiškos disciplinos nuosmukis

Kad suprastume neotradicionalizmą (kurio sąsajų su „neokonservatizmu" aš nemėginsiu tyrinėti), reikia suvokti, kad nuo 7-ojo dešimtmečio pradžios akademiniuose svarstymuose apie teisę įvyko lūžis. Aš šį lūžį ypač juntu, nes baigiau su 1962 m. laida, tad gavau išsimokslinimą pabaigoje laikotarpio, kuriuo, atrėmus teisės realistų antpuolius, į teisę nesvyruojant žvelgta kaip į nepriklausomą dalyką, ir tokioje mokykloje, kur ši samprata buvo įkūnyta. Iki 7-ojo dešimtmečio teisinės minties savarankiškumas, nors ir nuolat ginčijamas, buvo santykinai užtikrinta teisinio išsilavinimo ir mokslo prielaida. Aptardami jo politines ištakas, matėme, kad dar prieš šimtmetį Langdellis teisės autonomiją pavertė akademine idėja – faktiškai akademine tikėjimo tiesa[2] – ir kad Holmesas šią tiesą užginčijo. Holmesas ėjo taip toli, kad net pareiškė, jog teisės studijų ateitis priklauso ekonomistams ir statistikos specialistams, o ne raidės besilaikantiems teisininkams[3]. Bet kadangi ekonomistai ir statistikos specialistai, o juolab filosofai, sociologai, politologai, istorikai, psichologai, lingvistai ir antropologai teise pernelyg nesidomėjo, tai Holmeso puolimas prieš Langdellį nepaneigė teisės kaip disciplinos savarankiškumo. Pats Holmesas buvo gerai susipažinęs su 19 a. pabaigos filosofija – tiek moraline, tiek epistemologine. Tačiau nedaug teisininkų suprato, kad jo filosofinis požiūris ne tik smarkiai veikė jo samprotavimus apie teisę, bet ir nulėmė jo kaip teisėjo šlovę. Jo ir kitų garsių teisės mąstytojų karjeromis, padarytomis tarp *Bendrosios teisės* išspausdinimo 1881 m. ir 1961 m., kai pasirodė H. L. A. Harto *Teisės* samprata (tuo laikotarpiu dirbo tokie Amerikos teisės pamatų kūrėjai kaip Benjaminas Cardozo, Louisas Brandeisas, Roscoe'as Poundas, Johnas Wigmore'as, Felixas Frankfurteris, Robertas Jacksonas, Karlas Llewellynas, Learnedas Handas, Jerome'as Frankas, Henry Hartas ir Lonas Fulleris), buvo grindžiama tezė, kad teisės mąstytojas turi būti visapusiškai išsilavinęs ir susipažinęs su savo epochos intelektinėmis srovėmis – bet ne kad raktą į teisės esmę būtų galima rasti kitose nei teisė disciplinose. Ir šioje grupėje tik Holmesas manė (bent jau kartais), kad tokio rakto apskritai nėra.

[1] Dennis M. Patterson, „A Introduction to Conventionalism", 10 *Western New England Review* 43, 58 (1998).

[2] Nepasirašytoje Langdellio veikalo apie sutarčių teisę recenzijoje Holmesas pavadino jį „didžiausiu gyvuoju teisės teologu". 14 *American Law Review* 233, 234 (1880).

Nėra ko stebėtis, kad tokiomis aplinkybėmis ano meto teisės dėstytojai su keliomis išimtimis manė, kad studentams reikia studijuoti vienintelį dalyką – autoritetingus teisinius tekstus: visų pirma teismų praktiką, paskui administracinę praktiką, įstatymus, konstituciją, teismų ir administracinius sprendimus – mat pati svarbiausia teisės mokslininko pasirengimo dalis, greta žinių, kurių iš jo buvo galima tikėtis po mokslų koledže ir iš jo bendrojo išsilavinimo, buvo žinojimas, kas slypi tuose tekstuose ir atitinkamuose jų komentaruose, ir loginio įžvalgumo bei argumentavimo galia, ugdoma atidžiu skaitymu ir griežta metodologija pagrįstose teisės studijose. Vienintelė permaina nuo Langdellio laikų – įvykusi Holmeso ir teisės realistų dėka – buvo pripažinimas, kad teisė yra tikslingas socialinės kontrolės įrankis, t. y., kad galėtum suprasti, kritikuoti ir taisyti teisę, reikia kažką žinoti apie visuomenę. Tačiau tą „kažką" kiekvienas protingas, gerą bendrąjį išsilavinimą turintis supratingas žmogus gali rasti pačiuose teisiniuose tekstuose (laikomuose visuomenės normų atspindžiais), o neturėdamas tokios nuovokos, gali ją įgyti per kelerius teisinės praktikos metus. Ją sudarytų svarbiausių moralinių ir politinių vertybių rinkinys, minimalus valstybės institucijų pažinimas ir šioks toks nusimanymas apie tai, kaip veikia ekonomika.

Teisės kaip disciplinos savarankiškumu buvo tikima be jokios arogancijos – tas tikėjimas buvo grindžiamas anuomet dar neilga teisininko profesijos istorija. Vos per dvidešimt penkerius metus, nuo 4-ojo dešimtmečio pabaigos iki 6-ojo dešimtmečio pabaigos, teisininkai, nedaug padedami kitų disciplinų, reformavo (Federalinėmis civilinio proceso taisyklėmis) federalinių teismų procedūrinę sistemą ir, turėdami gerą pavyzdį, buvo pradėję reformuoti ir valstijų teismų procedūrinę sistemą; pataisė gilią epistemologinę klaidą, kuria remdamasis Aukščiausiasis Teismas skelbė turįs teisę kurti visuotinę federalinę bendrąją teisę pilietybės įvairove paremtose bylose[4]; rengdami Bendrąjį komercinį kodeksą, suderino komercinę teisę su naujosiomis komercijos normomis; išbraukdami „susitarimo laisvę" iš esminių konstitucinių teisių sąrašo, išgelbėjo (tiesa, patirdami stiprų politikų spaudimą) Aukščiausiojo Teismo nepriklausomybę; paskelbdami už įstatymo ribų rasinę segregaciją valstybinėse mokyklose ir kitose valsybinėse, tiek valstijų, tiek federalinėse, įstaigose, gerokai priartino prie pabaigos pilietinio karo metais pradėtą darbą; antrąja vėliavos pagerbimo byla ir kitais sprendimais Konstitucijai

[3] „The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457, 469 (1897).

[4] Kalbu apie klaidingą įsitikinimą, kad bendroji teisė, egzistuojanti neatsižvelgiant į kiekvienos valstijos teismų sprendimus ir todėl jos neapimąs, yra Nuosprendžio priėmimo įstatymas (dabar 28 U. S. C. §1652). Dėl šio įsitikinimo federaliniams teismams buvo nurodyta taikyti „kelių valstijų įstatymus" tais atvejais, kai tokie įstatymai galėjo būti taikomi, ir tai neabejotinai būtų apėmę ir pilietybių įvairovės bylas. Žr. Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U. S. 64 (1938), kuriuo buvo pakeistas iki tol galiojęs *Swift v. Tyson*, 41 U. S. (16 Pet.) 1 (1842) bylos precedentas. Tačiau *Swift* bylos sprendimas buvo daugiau nei epistemologinė klaida – tai buvo pastanga, kuri galų gale palaikyta klaidinančia, labiau suvienodinti komercinę teisę šalies mastu. Žr. Grant Gilmore, *The Ages of American Law*30–35 (1977).

Skaitytojai, kuriems reikia nuorodų į dokumentus, grindžiančius šio straipsnio teiginius apie naujaisiais laikais vykdytos teisės reformos eigą ir rezultatus, ras jas mano straipsnyje „The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987", 100 *Harvard Law Review* 761 (1987).

sugrąžino pilietinių teisių chartijos statusą; Administracinio proceso kodekse susistemino ir suvienodino administracinį procesą, kuris pats pagrindžia naujas kūrybingas darbo santykių teisinio reguliavimo ir vertybinių popierių rinkų sistemas; dėjo rimtas pastangas humanizuoti valstybės baudžiamąjį procesą; įveikė tradicinį teismų priešiškumą įstatymams; Amerikos teisės instituto išleistuoju teisės normų sąvadu sutvarkė bendrąją teisę; to paties instituto Pavyzdiniu baudžiamuoju kodeksu persvarstė baudžiamąją teisę; panaikino daug nepamatuotų kliūčių teisinei atsakomybei, kaip antai – atsakomybės už produktus apribojimą turtiniuose santykiuose; baigė įgyvendinti Naująjį susitarimą. Be to, jie ėjo teisingu keliu panaikindami užsilikusius archaiškus, atgyvenusius, formalistinius, neliberalius ir nefunkcionalius bendrosios teisės įstatymus, kaip antai – painius įstatymus, reglamentuojančius žemės savininkų atsakomybę už žalą, kurią dėl pavojingų sąlygų jų žemėje patyrė kiti asmenys. Iš laiko perspektyvos kai kurie laimėjimai gali atrodyti ginčytini, ir dėl jų visada kas nors abejodavo, bet apskritai tradicinis teisininko pasitikėjimas savo disciplinos savarankiškumu atrodo tvirtai pagrįstas.

Šis tikėjimas stiprėjo ir dėl to, kad kitoms disciplinoms nesisekė pasiekti reikšmingų įžvalgų teisės srityje. Iki Ronaldo Coase'o ir Guido Calabresi straipsnių[5] publikacijos 1961 metais atrodė, kad ekonomika mažai ką turi pasakyti apie teisę, išskyrus apie antimonopolijos sritį. Netgi aptariant antimonopoliją būta pagrindo skeptiškam požiūriui, nes antimonopolija anuo metu buvo itin neapibrėžta ekonomikos sritis – „pramoninė organizacija" „tinkamos konkurencijos" teorijoje. Moralinę ir politinę filosofiją buvo ištikusi krizė, o analitinė filosofija jurisprudencijos klausimais atrodė pajėgi svarstyti tiktai klausimą „kas yra teisė?" Nefilosofinius veikalus, pvz., Harto ir Sackso *Teisinį procesą* (1958) veikiau buvo galima priskirti prie jurisprudencijos, o ne filosofijos siaurąja prasme tekstų.

Tačiau turbūt pagrindinė bemaž visuotinio tikėjimo teisės savarankiškumu priežastis buvo politinis konsensusas, įsivyravęs Jungtinėse Valstijose po Antrojo pasaulinio karo – tai buvo sugrįžimas į normalią būseną po Naujojo susitarimo ir karo. Po 1940 m. pagrindinės politinės partijos ideologiškai mažai tesiskyrė. Radikalius dešiniuosius diskreditavo jų izoliavimasis, o paskui jų rasizmas, o radikalius kairiuosius nušlavė Šaltasis karas. 6-ajame dešimtmetyje ir 7-ojo pradžioje pasaulietiška, humanistinė, patriotinė ir centristinė Amerikos intelektualų visuomenė buvo stebėtinai atsiribojusi nuo ideologinių srovių. Tokiu laikotarpiu buvo natūralu apie teisę mąstyti ne politinėmis, o techninėmis kategorijomis. Kaip visuomenė pavedė tiltų statybą inžinieriams, taip ir teisės institucijų formavimą ji galėjo pavesti teisininkams. Jei statybos inžinieriai iš esmės nesutardavo dėl atsparumo vėjui, visuomenė negalėtų ramiai palikti juos vienus projektuoti tiltų. Lygiai taip, jei teisininkai nesutardavo dėl teisės tikslų, funkcijų ir rezultatų, visuomenė negalėtų jiems palikti teisės institucijų formavimo. Tačiau aprašomu laikotarpiu būta mažai nesutarimų ir sykiu mažai prieš-

[5] Žr. Ronald h. Coase, „The Problems of Social Cost", 3 Journal of Law and Economics 1 (1960, iš tikro paskelbtas 1961); Guido Calabresi „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 ; Guido Calabresi „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

taravimų teisininkų reikalavimui turėti savarankišką discipliną. Ir nors galų gale teisė, kitaip nei dauguma statybos inžinerijos taikymo sričių, yra susijusi su politika, šio fakto turbūt nepastebėsime, jei visas margas garbingas profesionalų sluoksnis sutaria dėl pagrindinių teisę veikiančių politinių klausimų (galbūt tokiu atveju pastarieji liaujasi būti politiniai). Kai politinės pretenzijos nedarė poveikio teisinei analizei, teisė atrodo – ir tam tikra prasme buvo – objektyvi ir techninė disciplina.

Aišku, taip buvo ne visada. Jau 4-ajame dešimtmetyje teisės realistai teigė, kad didelė teisės dalis kyla iš politizuotos teismų sistemos. Tačiau 6-ajame dešimtmetyje, kai buvo priimtos daugelis teisės realistų remtų reformų ir daugelis teisės realistų buvo priimti dirbti teismų sistemoje rengti bendrųjų įstatymų ir į kitus pagrindinius profesijos postus, teisė atrodė pasiekusi politinį neutralumą.

Kaip tik tuo metu buvo nuversti tikėjimo teisės autonomiškumu šulai. Pirma, susvyravo politinis konsensusas, siejamas su „ideologijos pabaiga"[6]. Aukštosiose teisės mokyklose politinių nuomonių spektras, kuris 7-ajame dešimtmetyje visur, išskyrus katalikiškąsias teisės mokyklas, apėmė siaurą amplitudę tarp nuosaikaus liberalizmo ir nuosaikaus konservatizmo, šiandien tęsiasi nuo marksizmo, radikalaus feminizmo ir nihilizmo kairėje iki ekonominio ir politinio libertarizmo bei krikščioniškojo fundamentalizmo dešinėje. Jei nepaisytume kraštutinumų, lieka plati tarpinė erdvė, prasidedanti, tarkim, Ronaldu Dworkinu ir Williamu Brennanu kairėje ir pasibaigianti Robertu Borku ir Antoninu Scalia dešinėje – štai dvi visuotinai gerbiamų, establišmento asmenybių poros, kurios ideologiškai tokios tolimos viena kitai, kad turbūt suėjusios draugėn nerastų bendros kalbos[7]. Žinia, kad pateikus keblų teisinį klausimą atsitiktinai pasirinktiems dviem vienodai žymiems teisininkams, galima sulaukti priešingų atsakymų.

Politinio konsensuso susvyravimas būtų mažai reiškęs, jei Amerikos teisėje būtų svarstomi tik nepolitiniai klausimai – chemija nesiliovė būti savarankiška disciplina, nesvarbu, kad dabar chemikai labiau susiskaldę politiškai negu 6-ąjį dešimtmetį. Tačiau teisė vis labiau vėlėsi į politinius reikalus[8]. Tai iš dalies atsitiko dėl agresyvumo, su kuriuo Aukščiausiasis Teismas 7-ąjį ir 8-ąjį dešimtmečius kūrė konstitucines teises politiškai prieštaringose sferose, pvz., dėl abortų (ir dėl kitų su lytiniu gyvenimu susijusių klausimų), dėl rinkimų apygardų, kuriose renkami Atstovų rūmų nariai, ribų pakeitimo, dėl politinės protekcijos, dėl sąlygų mokyklose ir kalėjimuose ir iš dalies dėl vyriausybės įtakos plėtros apskritai. Dėl pastarojo klausimo teismuose atsidurdavo vis daugiau politiškai jautrių temų, pvz., dėl rinkimų kampanijos finansavimo, dėl

[6] Žr. Daniel Bell, „*The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fities* (1960).

[7] Žr. Ronald Dworkin, „Reagan's Justice", *New York Review of Books*, 1984 11 08, p. 27.

[8] Empirinių įrodymų galima rasti: Robert A. Carp and C. K. Rowland, *Policymaking and Politics in the Federal District Courts* 50 (1983), kur parodoma, kad apygardų teisėjų sprendimus vis labiau galima paaškinti jų priklausomybe kuriai nors politinei partijai. Aš, žinoma, neneigiu, kad ir moksle esama politinių klausimų. Genetika, ginklų technologijos, organų persodinimas, evoliucija ir kitos mokslo ir technologijų tyrimų sritys yra sukėlusios karštus politinius ginčus.

aplinkos apsaugos ir dėl neįgaliųjų padėties. Be to, agresyvus Aukščiausiojo Teismo teisminis aktyvizmas paskatino valstijų teismus ir žemesniuosius federalinius teismus kontroversiškai plėsti savo įtaką tokiose bendrajai teisei priklausančiose srityse kaip deliktų ir sutarčių teisės – Kalifornijos Aukščiausiajame Teisme tai baigėsi neapsakomai varginančiais procesais, intensyvia teismų personalo kaita ir iš to kilusiu ideologiniu perversmu. Ir ypač tada, kai Earlas Warrenas buvo Vyriausiasis Jungtinių Valstijų teisėjas – jo laikotarpis iki šiol daro įtaką daugeliui teisinių ginčų – JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjų dauguma pamynė konvencionalaus teisinio samprotavimo principus, kurių simbolis buvo Harvardo teisės mokykla savo klestėjimo metais.

Kadangi daugelis teisininkų Warreno epochą laiko atskaitos tašku ir paskesnį Aukščiausiojo Teismo kompetencijos apribojimą laiko politikos iššūkiu teisinei valstybei, jiems sunku suprasti teisės doktrinų sąlygiškumą, kurį puikiai parodo nesena teisės istorija. (Toks požiūris, persmelkiantis „liberalią" Aukščiausiojo Teismo, kai jam vadovavo vyriausieji teisėjai Burgeris ir Rehnquistas[9], sprendimų kritiką, akivaizdžiai pasimatė svarstant Roberto Borko skyrimą Aukščiausiojo Teismo teisėju.) Tačiau su tokia pat nuostata ortodoksalūs teisininkai anuomet žvelgė į Warreno epochos sprendimus – juos laikė politiniu iššūkiu įstatymo viršenybei, įkūnytai ankstesnio laikotarpio sprendimų.

Nuo 7-ojo dešimtmečio pradžios, kai silpnėjo politinis konsensusas, sparčiai vystėsi disciplinos, kurios galėjo būti susijusios – ir, atrodo, vis labiau buvo siejamos – su teisės problemų sprendimu, pvz., ekonomika ir filosofija (ir žaidimo teorija, statistika, viešo pasirinkimo teorija, literatūros teorija). Tarsi to nebūtų gana, susvyravo pasitikėjimas teisininkų gebėjimu patiems išspręsti teisės sistemos problemas. Ne tik buvo nuvertintos kai kurios nuo 4-ojo iki 6-ojo dešimtmečio patirtos pergalės (kaip pavyzdys gali būti informuojamasis pareiškimas, atsiradęs Federalinėse civilinio proceso taisyklėse, ir Administracinio proceso įstatymo didinama teismo įtaka administraciniam procesui), bet 7-ojo dešimtmečio pradžios nesėkmė ištiko visų sričių teisės reformas. Tarp jų yra bankroto kodeksas, dėl kurio smarkiai padaugėjo bankrotą keliančių bylų; skubotas deliktinės atsakomybės praplėtimas, kuris kelia grėsmę draudimo sistemai ir kurio nesulėtino polinkis (kuris pats kelia liūdnas mintis ir gali sukelti nepalankių ir nenorimų pašalinių padarinių) kompensuoti už autoįvykį be kaltės; sąjūdis už skyrybas be kaltės, kuris kaip bumerangas smogė jas įteisinti reikalavusiam moterų judėjimui; aplinkosaugos reguliavimo sistemos, kuri yra ir baisiai sudėtinga, ir kartu daugelyje savo procesų ydinga arba neefektyvi, sukūrimas; skirtingų valstijų įstatymų nesutarimo srityje užtikrintumo panaikinimas, mechaniškus bendrosios teisės įstatymus pakeičiant „interesų analize"; nelemtas federalinių teismų nesusidorojimas su be galo ginčytinais, analitiškai neišsprendžiamais etiniais politikos klausimais tokiose srityse kaip mirties bausmė, kalinimo sąlygos, lytinis ir šeimos gyvenimas, politinė protekcija, religijos vaidmuo viešajame gyvenime ir diskriminaci-

[9] Žr., pvz., Laurence H. Tribe *Constitutional Choices* (1985), kurią recenzavo Richard A. Posner „The Constitution as Mirror: Tribe's Constitutional Choices", 84 *Michigan Law Review* 551 (1985).

jos visuomenėje vengimas, imantis pozityvių veiksmų diskriminuojamųjų padėčiai palengvinti; iš pažiūros nereikšmingos Federalinių civilinio proceso taisyklių pataisos sukeltas atsitiktinis grupinių ieškinių išaugimas į sistemą, kuri verčia spręsti bylas, kurios neturi esmės, tačiau atsakovams potencialiai gali užtraukti astronominio dydžio finansinę atsakomybę; antplūdis įstatymų, kurie itin skatina ginčus, suteikdami bylas laimėjusiems ieškovams, bet ne atsakovams, išreikalauti atlyginimą savo advokatams iš pralaimėjusios pusės; ir painaus Federalinio baudžiamojo proceso kodekso sukūrimas bei jo primetimas plačiu mastu valstijų baudžiamiesiems procesams, remiantis inkorporavimo doktrina.

Iš dalies dėl šių, iš dalies dėl nesuvoktų priežasčių (ir tai įrodo, kad teisininkai – kaip ir visi – paviršutiniškai suvokia teisės sistemą valdančius mokslo dėsnius), nuo 7-ojo dešimtmečio smarkiai pradėjo daugėti bylinėjimųsi, ypač federaliniuose teismuose, nors ne vien tik juose. Teisininkų bendrijos reakcija buvo tokia pat kūrybinga, kaip tų transporto inžinierių, kurie kamščių greitkeliuose siekia išvengti statydami naujus greitkelius, arba kaip politikų sluoksnio, kuris didėjančius vyriausybinio sektoriaus poreikius patenkina spausdindami daugiau pinigų. Užuot didindami mokesčius už teismų paslaugas, šios šalies teismų sistemą administruojanti institucija (susidedanti vien iš teisininkų) faktiškai juos sumažino, į bylinėjimųsi gausėjimą atsiliepdama teisėjų, advokatų, biurokratų, teismų raštinių darbuotojų ir kitų teismų padėjėjų skaičiaus, subsidijų bylinėjimuisi didinimu, o paskutiniu metu – naujoviškomis susitarimų praktikomis („alternatyvus ginčų sprendimas"), kurios kelia esminių abejonių dėl savo efektyvumo ir teisėtumo. Pagrindinė priežastis, kurią bylinėjimosi bumas paliko nepatikrintą, yra ta, kad konvencinis teisinis lavinimas – atidus teismų sprendimų, norminių aktų ir įstatymų studijavimas – nesuteikia nieko, kas išmoko pastebėti, o juolab pamatuoti, paaiškinti, sumažinti teismo paslaugų poreikio didėjimą ir prie jo prisitaikyti.

Tokios įvykių eigos sugluminti mąstantys teisinės profesijos atstovai nebesijaučia nuo jų nepriklausomi. Žvelgiant į praeitį, matyti, jog 6-ajame dešimtmetyje konvenciniai teisinės analizės metodai buvo per grubūs, kad padėtų teisininkams susidoroti su jų laukiančiomis problemomis (jie gal iki šiol per grubūs). Pirmiausia teisininkams būdingas silpnas fakto pojūtis – toks yra mokslo dvasios teisėje stygius – anksčiau ar vėliau turėjo pakišti koją teisės reformai. Kai matai, kad garbus Harvardo teisės mokyklos deliktų ir atstovavimo teisės profesorius Warrenas Seavey manė, jog Poundo vardo paskaitų cikle, kurį jis skaitė 1953 m., buvo prasminga pareikšti, kad „deliktų teisė paremta principu, pagal kurį asmuo privalo atlyginti kitam asmeniui padarytą žalą visada, kaip yra teisinga tai, kad jis turi mokėti"[10], nepagalvojus apie būtinybę apibrėžti, ką jis vadina „teisinga", ar paaiškinti, kodėl jis mano pasakąs daugiau nei tautologija, tada pajunti, kaip menkai netgi geriausi konvencionalų išsilavinimą įgiję teisininkai yra pasirengę spręsti klausimus, esančius anapus siaurų teisės doktrinai būdingos analizės ribų. Veikiausiai Seavey tikėjo, kad teisė yra savarankiškas griežtą-

[10] *Cogitations on Torts* 3 (1954). Kitos nuorodos į šios knygos puslapius yra tekste.

ja prasme mąstymo laukas, sritis, kuri, užuot išnaudojusi kitų sričių išteklius, yra tinkamai – netgi geriausiai – puoselėjama tokiais įgūdžiais, žiniomis ir patirtimi, prie kurių radimosi neprisideda jokia kita sritis. Mat paskaita tęsiama taip: „Dažniausiai teisėjų nustatytos esamos [deliktų] normos yra teisingos", ir jomis paremta „įstatymų sistema, kuri patenkina modernios bendrijos poreikius" (p. 45 ir 51). Išties „apskritai mūsiškiai Amerikos teismai, kurdami sudėtingą teisingumui reikalingą modelį, nuveikė puikų darbą" (p. 70). Pateikus teisingumo kriterijus, nei nurodyti modernios bendrijos poreikiai, nei pripažinti sunkumai nustatant ekonominius ir socialinius teisinių normų padarinius. Pažeriama šiek tiek kritikos, tačiau nedrąsiai, nes Seavey ką tik pabrėžė perdėtą pagarbą teismų sugebėjimais. Kai kurie kritiški teiginiai po 35 metų skamba labai neįprastai, pvz., „vis dažnesni sprendimai skirti vieno ar dviejų šimtų tūkstančių dolerių baudą ir jų sukeliamas gamybai skirtų lėšų nutekėjimas turi bent jau paskatinti mus būti atsargesniems su tokius sprendimus generuojančiomis procedūromis" (p. 65). Galų gale nėra pripažįstama, kad deliktų sistemos vertinimui gali prireikti daugiau nei teisinio išsilavinimo ir sveiko proto – kad gali prireikti mokslinių įgūdžių ir požiūrio.

Kita priežastis, dėl kurios dabar sumažėjusi nuoširdaus pasitikėjimo teisės autonomija, slypi pačioje akademinėje teisės veikloje. Dėl tos pačios priežasties kompozitoriai ėmė rašyti atonalią muziką, dailininkai metė reprezentatyvųjį meną, anglų poetams įgriso herojiniai posmai. Ištobulinę techniką, kūrybingiausi praktikai negali rasti ramybės[11]. Jie labiau nori būti novatoriais nei mėgdžiotojais, ir šio noro vedami jie imasi minti naujus takus. Apie 1960 metus pasijuto teisės autonomijos pokyčiai. Holmesas jau buvo pasakęs beveik visus svarbiausius dalykus, Cardozo leidinyje *Teisminio proceso prigimtis*, Hartas ir Sacksas savo knygoje apie teismo procesą ir Edwardas Levi *Įvadu į teisinį samprotavimą* (1949) buvo baigę statyti klasikinės teisinės minties rūmą. Teisei nuolat keičiantis, visada buvo (ir yra) naujų precedentų, naujų doktrinų ir netgi ištisų sričių, kurioms galima taikyti klasikines technikas. Tačiau po kurio laiko tai ėmė atrodyti, bent jau aukštesniuose akademiniuose teisės sluoksniuose, gal pagrįstai, gal ir ne, tinkama veikla ne tiek lyderiams, kiek sekėjams. Šitokia samprata ir taip pat gretutinių disciplinų raida 7-ajame dešimtmetyje iškėlė naują teisės mokslo tipą – sąmoningą kitų disciplinų, pvz., ekonomikos, moralinės ir politinės filosofijos taikymą tradicinėms teisės problemoms. Ši teisės gretutinių disciplinų raida buvo ir toliau lieka dalimi didžiulio akademinių tyrimų Amerikoje pakilimo, kurio šalutinis, bet mūsų atveju reikšmingas padarinys buvo ribų tarp disciplinų trynimasis, daugelyje sričių tarpdisciplininį darbą padariusi veikiau norma nei išimtimi. Pastangos išlaikyti srities savarankiškumą ėmė atrodyti anachroniškos.

Kita tikėjimą teisės savarankiškumu susilpninusi priežastis, tolima bet kokiam tiesioginiam mokslo taikymui teisėje, gali būti nuolatinis gamtos mokslų (kuriems plačiąja prasme priskiriami matematika, statistika, medicinos ir kompiuterinė technologijos) prestižo ir autoriteto augimas bei (juos pagrindžiančių) laimėjimų gausėji-

[11] Žr., pvz., „Milton II", in T. S. Eliot, *On Poetry and Poets* 146, 150 (1957).

mas. Dėl pažangos medicinos, genetikos, kosmoso erdvės tyrimų, ginklų technologijų, kompiuterių, kosmologijos srityse tradicinė teisės doktrininė analizė – kuri, teisę suvokiant kaip savarankišką discipliną, yra teisinio samprotavimo esmė – daugeliui jaunų mokslininkų ir taip pat kai kuriems vyresniesiems ėmė atrodyti senamadiška, atgyvenusi, išsikvėpusi. Panašioje sunkioje padėtyje atsidūrusios sritys, pvz., literatūros kritika, nesibodėjo skolintis iš madingesnių, tariamai tikslesnių sričių (ir plūsdama mokslą, net vartoti mokslinį žargoną); žvelgiant į praeitį, atrodytų, kad panašiai turėjo elgtis ir akademinė teisė. Nors skaitant kai kuriuos klasikinius tradicinio teisės mokslo veikalus ir dabar galima gauti naudos ir jais žavėtis, tačiau akademinės sferos teisininkams, kurie nori būti laikomi teisinės minties avangardu, jau sunku ryžtis rašyti tokia pat maniera. Šis mano teiginys skiriasi nuo pirmesniojo – kad pats žanras jau esąs ištobulintas (kad nepasakyčiau – išsemtas). Grynai verbalinis, grynai teisininko mokslas, kur analizės kategorijos yra tos pačios ar beveik tokios pat kaip tų teisėjų ir įstatymų kūrėjų, kurių darbas analizuojamas, taip pat toks mokslas, kuriame numanomas politinis konsensusas ir nepaisoma kitų disciplinų įžvalgų (Seavey paskaitos iliustruoja abu atvejus), neatitinka esamos mokslo laiko dvasios.

Dar pridursime tai, kad 7-ojo dešimtmečio studentų maištavimas sumenkino teisės studentų pagarbą teisės dėstytojams, ir nuo to laiko teisės dėstytojų pasitikėjimas savimi iki galo neatsigavo. (Tą parodo – ir gali būti 2 skyriuje minėto autoriteto sumažėjimo pavyzdžiu – teisės mokyklų egzaminuose įvestas anoniminis vertinimas. Mano laikais teisės studentai negalėjo net pasvajoti, kad galima nepasitikėti dėstytojo nuostata rašyti egzamino pažymį „neatsižvelgiant į asmenį".) Praeityje atsidūrė sokratiškasis maištingumas, o su juo kartu ir dalis pagarbaus elgesio, kuris anksčiau buvo išskirtinis studento ir fakulteto santykių bruožas. O kai elitinėse teisės mokyklose maždaug nuo 1970 metų gerokai išaugo vidutinė teisės studentų kokybė, vis daugėja įtarimų, kad, rengiantis praktiniam teisininko darbui, daugeliui studentų nebereikia trečius metus mokytis teisės doktrinos analizės ir kad reikalavimas teisės mokykloje mokytis trejus metus reiškia neturėjo savyje nieko kilnesnio nei teisės dėstytojų norą sumažinti teisininkų skaičių ir teisės mokyklų norą gauti daugiau mokesčių už mokslą. Galiausiai teisininko konvencinių analitinių priemonių rinkinys neteko dalies savo vertės dėl to, kad vis didesnę svarbą įgijo įstatymais įtvirtinta teisė ir ypač konstitucinė teisė, kurių pirmoji nepasiduoda konvencinei teisinei analizei dėl 9 ir 10 skyriuose aptartų priežasčių, o antroji yra beveik akivaizdžiai politiška teisės šaka.

Neotradicionalistų atsakas

Įvykių eiga po 7-ojo dešimtmečio padeda paaiškinti ir paremia teisės sampratą, kurią čia iškėlėme, parodydami visišką konvencinės teisinės minties negalią tvarkytis su iškilusiais teorinės ir institucinės teisės klausimais. Tačiau ne visi yra įsitikinę, kad tradicinis teisinis išsilavinimas ir patirtis negali duoti svarbiausių priemonių teisės siste-

mai suprasti ir pagerinti. Pirmiausia dalis į filosofiją panirusių teisės mokslininkų[12] stengiasi atnaujinti idėją, kad galiausiai teisė turi būti palikta teisinį ir tik teisinį išsilavinimą įgijusiems teisininkams. Dauguma mokslininkų pripažįsta, kad savarankiškumas netelpa į teiginį „arba arba". Jokia sritis nėra visiškai savarankiška ir turbūt jokia nėra visiškai parazituojanti, bent jau teisė tikrai nėra visiškai parazituojanti kitų sričių atžvilgiu[13]. Šiuolaikinė ekonomika nėra nepriklausoma nuo matematikos, tačiau savo gyvastingumą ji įgyja ne iš matematikos. Reikia klausti, ar teisė nepriklauso nuo ekonomikos ir moralinės bei politinės filosofijos taip pat, kaip ekonomika nepriklauso nuo matematikos, kitaip tariant, ar teisinė mintis sukuria vienijančią perspektyvą, kur teisės analitikas, spręsdamas teisės problemas, savo tikslams subordinuoja kitas sritis. Tie mokslininkai į šį klausimą atsako teigiamai.

Neotradicionalistai yra kitokie. Juos vienija noras atgaivinti tvirtą teisės savarankiškumo sampratą, tačiau siūlomi atgaivinimo būdai svyruoja nuo drąsaus Anthony Kronmano ir Ernesto Weinribo teoretizavimo iki kai kurių antiintelektualizmui artimų (manau, kad nesąmoningai) Charleso Friedo pozicijų. Nors dauguma neotradicionalistų yra labiau konvencinės teisinės doktrininės analizės teoretikai negu praktikai, jie patenkina poreikį, sukurtą pirmiausia konvencionalios analizės šalininkų, kuriuos atstūmė akademiniai teisės ir ekonomikos, teisės ir filosofijos, kritinių teisės studijų, feministinės jurisprudencijos ir kitokie sąjūdžiai, kurie klibino teisės savarankiškumą ir siekė užimti silpstančio tikėjimo šiuo savarankiškumu vietą. Tokių sąjūdžių dalyviai yra radikalūs politiškai, radikalūs metodologiškai, arba ir vienokie, ir kitokie, dažnai atmetantys konvencionalią teisinę mintį, kartais stokojantys teisininko savybių.

Kokios svarbiausios neotradicionalizmo atmainos?

Antiredukcionizmas. Šiuo terminu vadinu idėją, jog teisė yra visai kitokios rūšies dalykas ir negali būti redukuojamas į niekąkitą – į filosofiją, ekonomiką ar politiką. („Ką išmano teisininkai ir teisėjai, o filosofai ir ekonomistai – ne? Atsakymas paprastas: teisę.")[14] Teisė esanti labai senų ir patvarių įžvalgų, procedūrų ir metodų rinkinys. Aiš-

[12] Ir, žinoma, daugelis nepanorusių. Žr., pvz., Peter H. Teachout „The Burden of the Liberal Song", 62 *Indiana Law Journal* 1283 (1987); Teachout, „Chicago Exposition: The New American Jurisprudential Writing as a Cultural Literature", 39 *Mercer Law Review* 767 (1988); Harry H. Wellington, „Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication", 83 *Yale Law Journal* 221 (1973). Čia aš apžvelgiu filosofuojančius neotradicionalistus – beje, prie jų reikia priskirti 1 skyriuje trumpai paminėtus teisinę valstybę apmąsčiusius konservatorius (Hayeką ir kitus). Diskusiją tarp neotradicionalistų ir interdisciplininio požiūrio šalininkų gerai apibendrina Donaldas H. Gjordingenas straipsnyje „The Future of Legal Scolarship and the Search for a Modern Theory of Law", 35 *Buffalo* Law Review 81 (1986).

[13] Apie interdiciplininį savarankiškumą apskritai žr. Francisco J. Ayala „Biology as an Autonomous Science", 56 *American Scientis* 207 (1968).

[14] Charles Fried, „The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know", 60 *Texas Law Review* 35, 57 (1981). Arba, kaip rašė Weinribas, „įgyvendindama save kaip taisomojo teisingumo artikuliaciją, privatinė

ku, ji senamadiška, lėtapėdė pagal 20 a. pabaigos standartus. Todėl teisininkas turėtų tenkintis kukliu vaidmeniu – ne visuomenės architekto ir juolab ne visuomenės inžinieriaus, bet visuomenės kiemsargio[15], kuris daro tvarką, eidamas iš paskos politikos mokslams ir politikams (įstatymų ir konstitucijos rengėjams). Tačiau šį vaidmenį gali atlikti tiktai teisinį išsilavinimą ir patirtį įgijęs asmuo. Jo veikla kukli, bet ypatinga. Jei teisininką patraukia kitos disciplinos, jis iššvaisto savo lobį ir nebegali gerai atlikti išskirtinės misijos.

Kitais žodžiais tariant, teisė yra menas – menas įstatymais vairuoti visuomenę. Meną gali kurti tiktai menininkas, teisinį išsilavinimą turintis patyręs asmuo. Kol svarbūs yra įstatymai, teisininkui tenka svarbus vaidmuo, nepaisant kitų disciplinų raidos ir to, kad Amerikos visuomenė tampa vis labiau politizuota.

Teisė kaip vidurio kelias tarp nepriimtinų kraštutinumų. Jei teisė yra menas, ji nėra mokslas; taigi ji turi būti vienodai priešpriešinama dviem „mokslinėms" minties mokykloms (taip jas apibūdina neotradicionalistai) – kritinėms teisės studijoms kairėje bei teisei ir ekonomikai dešinėje[16]. Kadangi daugumai teisininkų kraštutinumai nepriimtini, proga atmesti Kairę ir Dešinę vardan patogios tiek politiškai, tiek metodologiškai centristinės pozicijos yra viliojanti.

Teisė kaip praktinis protas. Teisė yra ne mokslas, net jeigu ji apibūdinama – ne taip neįprastai kaip meno metaforos, bet įmantriau nei kiemsargio metaforos atveju – kaip praktinio proto šaka. Neotradicionalistai pabrėžia tris tarpusavyje susijusius aristoteliškuosius šios nevienaprasmės sąvokos sandus: pirma, svarbiausias vaidmuo tenka samprotavimui, suvoktam kaip tyrimo ir sprendimo būdas, kuriam reikalingos ir moralinės, ir protinės savybės; antra, aristoteliškajam praktiniam protui būdingas atsargumas, nuovokumas ir palaipsnis plėtojimasis, kurie kontrastuoja su radikalia platoniškąja spekuliacija, kuri pagimdė *Valstybėje* aprašytą komunistinę utopiją; trečia, tradicija laikoma svarbi kaip teorinių spekuliacijų koreguotoja. Teisė, kaip šiame sąraše apibūdintas praktinis protas, yra tradicinių vertybių, metodų, teisinio mąstymo žodyno rėmėja ir įtariai vertina sisteminius požiūrius.

teisė įvykdo vienintelę turimą funkciją – būti privatine teise". Ernest J. Weinrib „Aristole's Forms of Justice", in *Justice, Law and Method in Plato and Aristotle* 133, 151 (Spiro Panagiotou ed. 1987). Dar trumpiau: „deliktų teisė baigiasi deliktų teise". Weinrib „Adjudication and Public Values: Fiss's Critique of Corrective Justice", 39 *University of Toronto Law Journal* 1, 12 (1989).

[15] Tokią metaforą pavartojo Charlesas Friedas. Žr. „Jurisprudential Responses to Legal Realism", 73 *Cornell Law Review* 331, 333 (1988).

[16] Teisės ir ekonomikos sugretinimas su kritinėmis teisės studijomis tapo teisės mokslo klišė. Žr., pvz., Owen M. Fiss „The Death of the Law?" 72 *Cornell Law Review* 1 (1986); George P. Fletcher „Why Kant", 87 *Columbia Law Review* 421, 424 (1987). Vėliau aš paaiškinsiu, kad šis sugretinimas klaidina. Teiginys, kad teisė ir ekonomika yra būdinga dešiniesiems, yra ir klaidingas, ir įžeidžia liberaliuosius šios šakos praktikus (Calabresi, Polinsky, Ackermaną, Cooterį, Kaplow, Kornhauserį, Donohue ir kitus). Teisinga tai, kad ekonomikos studijos studentams įdiegia pagarbą socialiniams rinkos pranašumams – tokios pagarbos neturi tie, kurie nestudijavo ekonomikos ir todėl sunkiai supranta, kaip tokia decentralizuota institucija – rinka – gali efektyviai reguliuoti sudėtingą ekonominę veiklą. Tačiau ne kiekvienas, kuris vertina rinkos pranašumus, yra dešinysis – dauguma komunistinio pasaulio šiuo metu remia rinką.

Interpretuojančiosios bendrijos. Remdamiesi Stanley Fisho pasiūlyta interpretuojančiųjų bendrijų sąvoka[17], neotradicionalistai siekia susigrąžinti teisės interpretavimą iš neapibrėžtumo pančių, teigdami, kad net jeigu joks tekstas neturi objektyvios reikšmės, teisininkų bendrija, kuriai skiriami konstitucijos ir įstatymų tekstai, gali primesti apibrėžtą reikšmę dėl to, kad bendrijos nariai turi bendrą požiūrį.

Nesunku įsitikinti, į ką apeliuoja šis iš keturių dalių susidedantis neotradicionalizmas. Jis ir įkūnija instinktyvias beveik visų ideologinių pakraipų, išskyrus kairiųjų radikalų, teisininkų nuostatas ir patraukia Amerikos socialinius ir religinius konservatorius (kaip libertarų priešingybes). Štai tos nuostatos: nostalgija laikams, kai teisė buvo teisė ir kai ji nebuvo apkrėsta pirmeiviškomis, kartais kontinentinės kilmės, idėjomis; noras išvaduoti teisę iš priklausomybės nuo kitų disciplinų, visų pirma moralinės filosofijos ir ekonomikos, kurios yra sunkiai suprantamos, ideologizuotos arba ir vienokios, ir kitokios; bodėjimasis abstrakcijomis (tai daugeliui teisininkų ir apskritai amerikiečių iki šiol būdinga tradicinio amerikietiškojo antiintelektualizmo liekana); priešiškumas mokslui ir sisteminiam pažinimui apskritai, kitaip tariant, tam, kas labiausiai būdinga modernybei ir kuo ji labiausiai gąsdina; prisirišimas prie stabilumo, kuriam kyla pavojus, jei teisė prisiriša prie sparčiai besikeičiančių socialinės minties srovių, ir su juo glaudžiai susijęs baisėjimasis neapibrėžtumu ir teisės suartėjimu su politika; artimas šioms nuostatoms natūralus teisininkų ir teisės akademikų noras monopolizuoti teisės praktiką ir mokymą: taip pat jų noras būti daugiau nei kitų disciplinų teoretikų pasiuntinukais ir liokajais; galiausiai baimė, kad teisininko profesija kitomis disciplinomis pasinaudos nevykusiai.

Šios nuostatos galėtų paaiškinti, kodėl neotradicionalizmą paprastai mielai priima tradiciškieji teisės mokslininkai, advokatai praktikai, socialiniai ir religiniai konservatoriai, tačiau jie neotradicionalizmo nepagrindžia proto argumentais. Ironiška, kad te-

[17] Žr. Stanley Fish *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* (1980); Fish *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989). Fishas ne pirmasis iškėlė interpretuojančiųjų bendrijų sąvoką. Patį terminą sukūrė Josiah'as Royce'as (*The Problem of Christianity* 211 (1913) („interpretavimo bendrija")), aiškindamas Peirce'o sąvoką „tyriančiųjų bendrija". Žr. Peirce, „Some Consequences of Four Incapacities", in *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, t. 5, p. 156, 186–187, 189 (Charles Hartshorne and Paul Weiss eds. 1934); Peirce, „Grounds of Validity of the Laws of Logic: Further Consequences of Four Incapacities", in id., t. 5, p. 197–198; Margareta Bertilsson, *Towards a Social Reconstruction of Scientific Theory: Peirce's Theory of Inquiry, and Beyond, 4–5 sk. (1978);* Walter Benn Michaels, „The Interpreter's Self: Peirce on the Cartesian 'Subject'" 31 *Georgia Review* 383 (1977). Tačiau sąvoka, kaip ją vartoja Fishas (kitaip negu terminas), atėjo ne iš Royce'o ar Peirce'o, bet iš Wittgensteino knygų *Apie tikrumą* ir *Filosofiniai tyrinėjimai.* Pearso pateikta brandžios Wittgensteino proto filosofijos apžvalga galėtų tikti ir Fisho interpretacijos filosofijai: „Mes visi gyvename vieninteliame bendrame pasaulyje, nuo kurio nė vienas iš mūsų negali atskirti miniatiūrinio savo pasaulio". David Pears, *The Fale Prison: A Study of The Development of Wittgenstein's Philosoph*, t. 1, p. 51 (1987). Plg. Saul A. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language* 91–92, 96–97 (1982). Fisho nenoras pripažinti savo vadovaujančiosios idėjos kilmės sulaukė komentarų. Žr. Reed Way Dasenbrock, „Accounting for the Changing Certainties of Interpretive Communities", 101 *Modern Language Notes* 1023, 1027 (1985). Fisho apibendrinimą ir kritiką žr. atitinkamai Christopher Norris, *The Contest of Faculties: Philosophy and Theory after Deconstruction* 172–182 (1985); Brook Thomas, „Stanley Fish and the Uses of Baseball" (neskelbtas straipsnis, Irvine'o California Universitetas, anglų kalbos katedra).

oriniai neotradicionalizmo pagrindai kyla iš tų pačių anapus teisės esančių šaltinių, kurių išvengti yra vienintelis neotradicionalistų sąjūdžio tikslas. Dabar tai pamirškime ir pereikime prie neotradicionalistų argumentų keturių atramų vertinimo. Pradėsime nuo antiredukcionizmo.

Teisininkai yra išlavinti ir patyrę, o kai kurie itin įgudę atpažinti teisės normas, kurios slypi sunkiai suprantamuose ir dviprasmiškuoe šaltiniuose (pvz., teismų sprendimų sekoje ar nerūpestingai surašytame įstatyme), ir nustatyti jų taikomumą naujoms faktinėms situacijoms, apčiuopti įstatymų lankstumą, pateikti faktinius ir teisinius argumentus taip, kad jie įtikintų teisėjus ir kitus pareigūnus panaudoti kitus įgūdžius, kurie būtini manevruojant teise besivadovaujančioje visuomenėje. Studijos, rengiantis sėkmingai socialiai produktyviai teisinei karjerai, nereikalauja, kad studentas susipažintų su šaltiniais, kurie siauriausia prasme nėra teisiniai – t. y. nėra nei įstatymai, kurie plačiau apibrėžiami kaip konstitucinės nuostatos, teismo nuostatai, administraciniai reglamentai ir panašūs dokumentai, nei precedentai. Ir atvirkščiai, praktiškai nė vienas, kuriam stinga profesinių įgūdžių minimumo, nesvarbu, ar jie įgyti teisės mokykloje, ar – ne taip sėkmingai – dirbant teisininko padėjėju, negali sėkmingai praktikuoti teisės (net jeigu jam tai leista), kad ir kaip jis išmanytų teisės studijas iš kitų disciplinų perspektyvos. Šia prasme teisė išties yra savarankiška, į kitas disciplinas nesiorientuojanti disciplina.

Kliudo tik tai, kad teisinių normų sistema turi plyšių (tik iš dalies dėl šios priežasties) ir kad pačios normos nuolat kuriamos, taisomos ir naikinamos. Kad nustatytum, ką daryti tada, kai įstatymas tyli, reikalingas su politika susijęs sprendimas, tačiau, priimant su politika susijusį sprendimą, konvencinis teisinis išsimokslinimas ir teisinės praktikos patirtis nepadaro teisininko balso tokio, kad jam paklustų, visuomenė turėtų tokią pat svarią priežastį, kaip pripažindama mokslininkų sprendimus mokslų srityse. Jei politika yra nemaža teisės sudedamoji dalis, tada pergalinga Friedo tautologija tampa problemiška.

Net jei šiandien teisininkas galėtų išsiversti su siauriausiu teisiniu išsilavinimu, toli gražu nereiškia, kad teisinis išsilavinimas tuo ir turi apsiriboti. To netvirtina ir žymiausi neotradicionalistai. Jie pripažįsta, kad turėti tai, ko minimaliai pakaktų, galbūt nėra geriausia. Šiandien kiekviena garsi ir kai kurios mažiau žinomos teisės mokyklos į savo mokymo programą įtraukia kitas disciplinas. Ar jos per nežinojimą pateko į fatališkų ideologijų, savų ar atvežtinių, nelaisvę? Nemanau. Veikiau atsitiko taip, kad kitos sritys, pirmiausia ekonomika, taip giliai įleido šaknis į teisės dirvą, kad, negavus jų pagrindų, teisinis išsilavinimas yra nepakankamas. Nedaug neotradicionalistų nenorėtų leisti pasinaudoti kitų disciplinų įžvalgomis teisės srityse, kurios susijusios su ekonomikos (arba statistikos, arba psichologijos) klausimais; maža tokių, kurie imtųsi tvirtinti, kad sprendžiant antimonopolines bylas, teisininko intuicija neturi vadovautis ekonominiu mąstymu apie konkurenciją ir monopoliją. Jie sutinka, kad net jei teisininkas yra visuomenės kiemsargis, jam turi būti leista naudotis naujoviškiausiais šepečiais ir šluotomis; iš esmės jie priešinasi tam, kad iš ekonomikos ar moralinės filosofijos būtų dedami pagrindai teisėtumo normoms.

Tačiau žengus vieną žingsnį, būtinai teks žengti ir kitą. Sutarus, kad ekonomika galima naudotis sprendžiant antimonopolines bylas arba apskaičiuojant žalos dydį bylose dėl kūno sužalojimo, turbūt reikėtų pripažinti, kad ji yra svarbi, tariant Learnedo Hando žodžiais, ir neatsargumo kriterijaus – kuris taip pat yra protingo naudojimosi savo nuosavybe kriterijus kitų asmenų interesų pažeidimo bylose – reikšmei nustatyti. Turbūt išties ji gali būti panaudota deliktų teisės visumai – nes, ko gero, kaštų ir naudos analizė yra pagrindas ne tik neatsargumo kriterijui, bet ir priimant nutartį, ar atsakomybė už tam tikrus nelaimingus atsitikimus turi būti griežta, ar kaip už neatsargumą. Kur ši seka baigiasi, neaišku. Kaip ten bebūtų, amerikietiškasis teisinis mąstymas yra persmelktas, nors ir nevisiškai, polinkio į utilitarizmą ir instrumentalizmą; o ekonomika, kurioje lemiamas vaidmuo tenka kaštų ir naudos pusiausvyrai, viena prasme yra taikomasis utilitarizmas, o kita – instrumentinio mąstymo mokslas[18]. Siekiant sėkmingai pasipriešinti ekonominio požiūrio skverbimuisi, reikia priešinimąsi nukelti į filosofinių idėjų areną (pvz., į filosofinę utilitarizmo kritikas) arba jį grįsti veikiau psichologijos ar istorijos įžvalgomis negu vien teisei aktualiomis idėjomis. Neišvengiamai tenka griebtis tarpdisciplininės teisės teorijos. Galima netgi abejoti, ar prieštaravimas ekonominiam mąstymui teisėje derinasi su neotradicionalizmo prielaidomis. Mat tokį mąstymą daugiausia paskatino ne ekonomistai ar į ekonomiką atsižvelgti linkę teisininkai, bet konvencionalų išsilavinimą ir konvencionalią praktiką įgijusių teisininkų įžvalgos, kaip antai Learnedas Handas, kuris, priimdamas ekonominį požiūrį į nelaimingų atsitikimų teisę, galima teigti, įtvirtino jį neotradicionalistų bendruomenėje.

Nuo deliktų pereikime prie sutarčių teisės: pripažinus ekonominės analizės svarbą sutarčių teisei, sunku paneigti jos svarbą surogatinės motinystės sutartims. Be to, prieštaravimą ekonominės analizės taikymui surogatinės motinystės sutartyse sunku įsivaizduoti be teorinių idėjų, atneštų iš teisei nepriklausančio idėjų pasaulio, kaip pasielgė Margaret Jane Radin, kurios ekonominio požiūrio į surogatinę motinystę kritika remiasi marksizmu ir feminizmu[19]. Panašiai, jei, kaip siūlė Aukščiausiasis Teismas, iš kaštų ir naudos analizės išvedama formulė tinka naudoti sprendžiant, kiek į tinkamą teisinį procesą turi teisę administracinės bylos dalyvis, tai kodėl ta analizė negali būti panaudota sprendžiant, ar turi būti paskelbtas pirminis draudimas[20]? Abiem atvejais stengiamasi apskaičiuoti, kiek galima iš anksto pareikalauti vyriausybinio ieškinio, kuris gali nustatyti atlyginti dideles išlaidas vienai ar abiem šalims, ar trečiajai šaliai, procedūrai (taigi ir kiek kruopšti bei kiek brangi ji bus) – tiek atmetant prašymą vyriausybei suteikti socialinės apsaugos pašalpą, tiek leidžiant ar neleidžiant paskelbti pirminį draudimą.

[18] Žr. Frank H. Easterbrook, „Method, Result, and Authority: A Reply", 98 *Harvard law Review* 622 (1985). Ir prisiminkime 12 skyriuje pateiktą pastabą – paprastai teisėjas ar teisininkas, vartodamas utilitarinius terminus, iš tikro numano tam tikrus ekonominius (turto didinimo) terminus.

[19] Žr. Magaret Jane Radin, „Market-Inalienability", 100 *Harvard Law Review* 1849 (1987).

[20] Apie tinkamą teisės procesą žr. Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319, 335 (1976) bylą, kurią aptariau savo knygoje *Economic Analysis of Law* 518 (3 leid., 1986); apie pirminius uždraudimus žr. ten pat p. 522.

Lygiai taip yra ir su kitomis disciplinomis. Jei filosofai laido įtikinamos kritikos strėles į naivų įsitikinimą teksto determinacija – paprastai šią idėją nesukdami galvos kaip tiesą priima daugelis teisininkų ir teisėjų, užsiimančių įstatymų ir konstitucinių tekstų interpretavimu – argi teisės profesijos atstovai atrems puolimus paaiškinimu, kad teisininkai ir teisėjai, interpretuodami tokius tekstus, verčiasi savita veiklos rūšimi? Tokių tekstų interpretavimo problemos esminiais aspektais gali skirtis nuo kito tipo tekstų interpretavimo. Tačiau jei kirvis atitiktų kotą – jei filosofinė teismo nutarčių interpretavimo metodų kritika yra nenuginčijama – būtų neatsakinga prikaišioti, kad ta kritika ateina iš teisės sistemai svetimos srities ar įrodinėti, esą teisinis mąstymas yra slėpinys, kurio prielaidos negali būti kritinio vertinimo objektas. Tai būtų stručio taktika.

Charlesas Friedas nenori pripažinti, kad kitos disciplinos gali padėti suprasti teisės problemas. Kaip pavyzdį problemų, kurių, jo manymu, negali išspręsti ekonominė analizė, nes jose implikuota teisė į daiktą, jis pateikia tokius atvejus: 1) priešais vienam asmeniui priklausantį restoraną kitas pastato viešbutį ir dėl to pirmojo restoranas, didėjant potencialių nuolatinių klientų srautui, ima klestėti; ir 2) priešais veikiantį autoservisą pastatomas naujas ir dėl to sumažėja pirmojo pajamos. Pirmuoju atveju nėra juridinės teisės į restituciją už suteiktą naudą, o antruoju nėra atsakomybės už padarytą žalą. Friedas mano, kad ši situacija ekonomistui yra be prasmės[21]. Teisė į daiktą ekonomikai kartais išties sudaro keblumų – bet ne Friedo nurodytais atvejais. Abiem atvejais išorinis poveikis (kuris yra žala asmeniui, nesančiam sandorio šalimi: restoranas pirmajame pavyzdyje ir naujasis autoservisas antrajame) yra veikiau piniginis nei realus, t. y., kad čia neatsiranda grynas socialinės gerovės prieaugis ar gryni socialiniai kaštai. Nors dėl viešbučio padidėja apyvarta kitoje gatvės pusėje stovinčiame restorane, tačiau kitur restoranų verslas patiria atitinkamų nuostolių, taigi socialinės gerovės prieaugio nėra, ir teisinis įsikišimas išteklių paskirstymo nepagerins – įsikišimas būtų vien kaštai be jokios naudos. Autoservisas nusmukdo konkurento verslą, tačiau jo paties verslas proporcingai suklesti, ir geriau patenkinami vartotojų poreikiai – kitaip klientai nebūtų perbėgę pas jį. Taigi ir vėl nėra pagrindo teismo įsikišimui. Čia samprotaujama tokiu pat būdu, kaip ir parodant, kodėl teisė netapatina konkurento verslo „vagystės" ir jo automobilio vagystės. Pirmoji „vagystė" sukuria gryną visuomenės gerovės prieaugį, antroji – gryną nuostolį, matuojamą darant vagystes ir nuo jų saugantis panaudotų išteklių kaštais, o tai skiriasi nuo postringavimo, esą gerovė iš aukos pereina vagiui.

Iš to, ką pasakiau apie teisės įsiliejimą į ekonomiką praktikoje, turi paaiškėti (dabar kalbėsiu apie antrąjį neotradicionalizmo užmojį – sėkmingi tarpininkauti teisei ir ekonomikai, ir kritinėms teisės studijoms), kad suporuoti teisę ir ekonomiką su kritinėmis teisės studijomis kaip du diametraliai priešingus dalykus, tarp kurių gali rasti vietą neotradicionalizmas, nėra logiška. Ekonomika į teisės audinį įsipynė daugelyje vietų, ir jos iš ten neišplėši nepažeisdamas viso audinio. Kritinės teisės studijos dar neįsismelkė nė į vieną teisės sritį iš dalies dėl daugeliui jas praktikuojančių asmenų

[21] Žr. Fried, 14 išnaša, p. 41, 44.

polinkio konfrontuoti, *epater les bourgeois*, iš dalies dėl to, kad jų politinės pozicijos yra itin kairuoliškos, bet labiausiai dėl jų viską apimančio neigiamo nusistatymo dėl tiek nuoseklios doktrinos, tiek konstruktyvios reformos galimybių. Šiuo negatyvizmu kaišiojama pagalius į ratus naudingiems pasiūlymams dėl teisės doktrinų keitimo ar rekonceptualizavimo. Kritinių teisės studijų šalininkai galėtų atšauti, kad jie, atskleidę teisės ir politikos susipynimą, kaip teisės ir ekonomikos sąjūdis parodęs teisės ir ekonomikos susipynimą – ir net, kad teisė yra politika. Tačiau kritinės teisės studijos neturi monopolio tyrinėjant politiką teisėje, ir aš pamėginau parodyti, kad jos išpučia politikos dėmenį, kad ir koks didelis jis yra, teisėje.

Teisė ir ekonomika bei kritinės teisės studijos kartais laikomos varžovėmis dėl teisės vadintis teisiniu realizmu. Kritinių teisės studijų ir teisinio realizmo panašumo nepaneigsi. Abu reiškiniai politiniame spektre yra dažniausiai į kairę nuo centro, abu puolė kiekvienas savo laikų teisinį isteblišmentą, siekdami pakirsti jo autoritetą, o jų politikos skirtumai atspindi politinių nuotaikų vidurkio judėjimą į kairę nuo 4-ojo dešimtmečio Amerikos universitetuose. Tačiau santykis tarp teisės ir ekonomikos bei kritinės teisės studijų yra dvilypis. Daugelis pagrindinių teisės ir ekonomikos atstovų yra ekonomistai (pvz., Gary Beckeris ir Ronaldas Coase'as), kurie turbūt niekada negirdėjo apie teisinį realizmą. Teisės ir ekonomikos sąjūdis nėra nei kairuoliškas, nei priešiškas teisės doktrinai, taigi ir logikai. Kadangi ekonomika dažniausiai remiasi loginiu ir matematiniu mąstymu, dėl 12 skyriuje nurodytos pastabos, jog ekonomika grindžia kelią į teisės doktrinos suvienodinimą pagal keletą principų, aiškėja, kodėl ekonominė teisės analizė dažnai kaltinama kaip nauja Langdellio atmaina. Ekonominė teisės analizė panaši į teisinį realizmą pirmiausia tuo, kad teigia, jog teisės normos ir institucijos turi funkcinį ir socialinį paaiškinimus, o ne vien vidinę teisininkų logiką; šia prasme ji yra iš esmės antiformalistinė. Tačiau, akcentuodamas teisės funkcionalumą, teisės ir ekonomikos sąjūdis yra artimesnis teisinio realizmo tėvui Holmesui negu patiems teisiniams realistams, akcentuojantiems liberalųjį meliorizmą.

Teisė ir ekonomika bei kritinės teisės studijos tarpusavyje panašios tik tuo, kad teisės ištakų ir gyvybinių galių ieško neteisėje. Bet tai jau daug. Kai teisės ir ekonomikos gerbėjai mano, kad teisė yra ekonomika, o kritinių teisės studijų gerbėjai – kad ji yra politika – ir kai vis didesnę įtaką įgyja feministinė jurisprudencija, kuri kaip teisė ir ekonomika bei kritinės teisės studijos yra pabrėžtinai interdrausminė, tada atsiveria durys neotradicionalistams, kurie nori pareikšti, kad teisė yra teisė. Tačiau kadangi pašalinti ekonomiką iš teisės yra vėlu, tikrovė tokia, kad teisė jau nėra tik teisė (jei ji kada nors tokia buvo); ją apžavėjo kita disciplina. Perspektyva iš vidaus pasirodė esanti netinkama. Teisei kaip sistemai suprasti reikia perspektyvos iš išorės. Profesionalų negebėjimas atsitraukti per atstumą ir taip pamatyti perspektyvą yra profesionalizmo nelaimė.

Įdomiausia neotradicionalizmo idėja yra teiginys, kad teisė yra praktinis protas kita prasme, nei ta, kurią išnagrinėjome I dalyje. Norėčiau šią idėją išskaidyti į dvi atšakas, kurias pavadinčiau prudencializmu ir epistemologiniu tradicionalizmu. Pirmojo ištakos yra Edmundo Burke'o mintys ir modernieji jurisprudencijos srities Burke'o

pasekėjai, pvz., Alexanderis Bickelis, nors pirmapradis šaltinis yra Aristotelis. Burke'as yra lemtinga figūra. Jis pats buvo teisininkas ir jo politinė filosofija buvo suformuota anglų bendrosios teisės teisininkui būdingų mąstymo įpročių ir iš dalies rėmėsi tradicionalistinėmis Coke'o ir Hale'o teisinėmis filosofijomis[22].

Prudencialistai pabrėžia žmogaus klystamumą, siūlo laikytis iš amžių glūdumos atėjusių papročių, apgaili saitų su praeitimi nutraukimą, pagrindiniu politikos principu siūlo laikyti protingumą, o teisės – sprendimą, iškelia bendrosios teisės partikuliarizmą ir (aiškią) sistemingumo stoką prieš įstatymų ir teisės normų tendencijų apibendrinimą ir pabrėžia proto, kaip visuomenės reformos įrankio, ribotumą. Protingumas, arba sprendimas, labiau yra proto ir būdo išsiugdytų savybių derinys, o ne vien išsiugdyta proto savybė. Prudencialistų nuostatos susiveda į atsargumo taikant teorinius sprendimus praktinėms problemoms laikymąsi. Šios pažiūros labiau tinka socialiniams konservatoriams nei ekonominiams libertarams, labiau teisminio savęs ribojimo nei teisminio aktyvizmo šalininkams. Tokios pažiūros būdingos konservatizmui, suprastam labiau kaip priešinimasis permainoms, o ne kaip parama laisvajai rinkai ar kitiems „konservatyviems" (iš tikro libertariškiems) visuomenės pertvarkymams, nors abi pozicijos gali būti iš dalies susijusios[23]. Jas vykusiai apibendrino Hume'as kalbėdamas apie filosofus skeptikus: „Akademikai [t. y. skeptikai] visada kalba

[22] Žr. J. G. A. Pocock, „Burke and the Ancient Constitution – A Problem in the History of Ideas", 3 *Historical Journal* 125 (1960). Apie Burke'o prudencializmą įdomiai diskutuojama James Conif, „Burke on Political Economy: The Nature and Extent of State Authority", 49 *Review of Politics* 490 (1987). Iš šiuolaikinių anglų ir amerikiečių filosofų turbūt artimiausias Burke'ui yra Michaelis Oakeshottas. Žr., pvz., „On Being Conservative", in Oakeshott, *Rationalism in Politics, and Other Essays* 168 (1962) – ši knyga kupina neotradicionalizmo dvasios. Dar žr. jo svarstymus apie teisinę valstybę, cituotus Įvado 38 išnašoje, ir Jeremy Rayner, „the Legend of Oakeshott's Conservativism: Sceptical Philosophy and Limited Politics", 18 *Canadian Journal of Political Science* 313 (1985). Russell Kirk, *„The Conservative Mind from Burke to Eliot"* 7–8 (6 leid., 1978), siūlo 6 punktų konservatizmo santrauką, kuriai vieni neotradicionalistai pritariamai linktelės, o kiti pagarbiai lenksis: „tikėjimas transcendentalia tvarka, arba prigimtinės teisės visumai, kuris vadovauja visuomenei ir sąžinei"; „troškimas atskleisti žmogaus būties įvairovę ir slėpinį, priešinantis visa ką siaurinantiems vienodinimui, lygiavai ir utilitariniams radikaliausių sistemų tikslams"; „įsitikinimas, kad civilizuotai visuomenei reikalinga tvarka ir klasės, priešinantis „beklasės visuomenės" sąvokai"; „gilus įsitikinimas, kad laisvė ir nuosavybė yra glaudžiai susijusios"; „tikėjimas nerašytais įstatymais ir nepasitikėjimas „sofistais, skaičiuotojais ir ekonomistais", kurie norėtų performuoti visuomenę pagal abstrakčius projektus"; „pripažinimas, kad permaina gali netapti išganinga reforma".

[23] Kirkas sieja abi pozicijas nuosavybės klausimu (žr. ankstesnę išnašą). O Hayekas ir jo pasekėjai, formuodami reikalavimus vyriausybinei ekonomikos kontrolei, nedviprasmiškai skiria pirmenybę rinkos, papročių ir tradicijų, o ne vyriausybės kaip ekonominio ir socialinio reguliatoriaus pasirinkimui. Žr. Barbara M. Rowland, „Beyond Hayek's Pessimism: Reason, Tradition, and Bounded Constructivist Rationalism", 18 *British Journal of olitical Science* 221 (1988); Anna Elisabetta Galeotti, „Individualism, Social Rules, Tradition: The Case of Friedrich A. Hayek", 15 *Political Theory* 163 (1987); Russell Hardin, *Morality within the Limits of Reason* (1988) (nuorodos į Hayeką rodyklėje). Papročio ir įpročio moralės pirmenybę prieš sisteminio racionalumo moralę neblogai apgina Gary Saul Morson, „Prosaics: An Approach to the Humanities", 57 *American Scholar* 515 (1988); o plačiau apie tai – žr. Edward Shils, *tradition* (1981).

apie abejonę ir susilaikymą nuo sprendimo, apie pavojų skubotai darant išvadas, apie proto tyrinėjimų spraudimą į labai siaurus rėmus ir apie svarstymų, kurie netelpa į kasdienio gyvenimo ir praktikos ribas, atsisakymą"[24].

Prudencializmas problemiškas tuo, kad jis veikiau yra analizės modusas negu metodas. Tačiau tai tinkamas modusas teisei kurti. Jei Blackstone'as yra bendrosios teisės Aristotelis, tai Benthamas yra jos Platonas. Jei turėčiau rinktis, pasirinkčiau Blackstone'ą[25], tačiau labiau norėčiau, kad nereikėtų rinktis, nes Benthamo supratimas apie teisę daugeliu aspektų pranašesnis už Blackstone'o (žr. Įvadą); be to, nemanau, kad turiu rinktis. Viena ekonominės minties pakraipa – pavadinkime ją aristoteliškąja – pabrėžia tikrovės priešinimąsi platiems socialinės inžinerijos užmojams. O kita pakraipa visuomenę laiko plastišku mediumu, kurią nesunkiai formuoja besimainančios vyriausybinės politikos pastangos. Toks buvo Benthamo požiūris, deja, neapgalvotas. Politikos formuotojai ir politinių pokyčių šalininkai visada turi atsiminti socialinės reformos polinkį išsikreipti ir priemonių, kurių veikimas prieštarauja žmogaus prigimčiai, pragaištingą tuštybę.

Tačiau išdėstę šias pamokas ir pateikę jų pavyzdžius, prudencialistai gali nebeturėti ką pridurti. Ką daryti kilus socialinei problemai, nesugalvosi vien pastebėjimu, kad tokios problemos yra išsprendžiamos sunkiau, nei atrodo iš pirmo žvilgsnio, kad sprendimai gali pagimdyti naujas, dar nenumatytas problemas, kad (kaip sakė Shakespeare'o Troilas) valia beribė, bet ją varžo veiksmo vergija. Iš esmės ironiška, kad sprendžiant praktinio proto, kuris, kaip suprantama, turėtų nurodyti, kas darytina, problemas siūloma spręsti remiantis atsargumu. Nieko nedaryti ne visada yra teisingas atsakymas, kaip pripažino netgi Blackstone'as. Nepamirškime, kad Burke'o kartais būdavo nekritiškai ištikimas *status quo* ir skubėdavo nesuvokiamu būdu pagrįsti absurdiškus, netgi ydingus susitarimus ir praktikas, kurie dar ne visi yra išnykę[26]. Dabartinė Amerika, kaip ir 18 a. Anglija, negali pasigirti pasiekusi politinių, socialinių ir teisinių pertvarkymų tobulumą. Ir daugelis Burke'o šalininkų mūsų dienomis gina ne esamą *status quo*, bet ragina sugrįžti prie ankstesniojo, realaus ar dažniau įsivaizduojamo. Ankstesniojo *status quo* pranašumai negali būti ginami remiantis Burke'o idėjomis. Juk tas *status quo* atmetė ankstesnįjį. Ir matome, kad jis nepergyveno reikalavimų pasiaiškinti. Gindamas *Ancien*

[24] *An Enquiry Concerning Human Understanding* 41 (3 leid., išl. P. H. Nidditch, 1975) (§5, ¶34).

[25] Žr. mano knygą *The Economics of Justice*, 2 sk. (1981) („Blackstone and Bentham").

[26] Kokie nepamatuoti – neminint jų žiaurumo – yra tokie įsitvirtinę susitarimai kaip hermafroditizmo „nenatūralumas" žr. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, 4 sk. (1983) („Common Sense as a Cultural System"). Burke'as buvo reformatorius, o ne reakcionierius, tačiau tarp jo ginamų institucijų buvo bažnytinė struktūra, paveldimoji monarchija, supuvusi miestelių savivalda, paveldimos aristokratų privilegijos ir Prancūzijos *Ancien Régime*. Vertingą Burke'o politinių pažiūrų apžvalgą žr. James G. Wilson, „Justice Diffused: A Comparison of Edmund Burke's Conservatism with the Views of Five Conservative, Academic Judges", 40 *University of Miami Law Review* 913, 917–941 (1986); taip pat žr. dvi Gertrude Himmelfarb apybraižas apie Burke'ą – pirmąją priešišką, antrąją palankią: „Edmund Burke: The Hero as Politician", in Himmelfarb, *Victorian Minds: A Study of Intellectuals in Crisis and of Ideologies in Transition* 4 (1970); „Edmund Burke: The Politician as Philosopher" ibid, 14.

Régime Burke'as neatkreipė dėmesio į tai, kad ta santvarka turėjo būti gerokai pažeista; be to, paprastai politinė sistema retai sugriaunama iš vidaus.

Pabrėždami žmogaus proto ribotumą tradicionalistai gali atrodyti neabejotinai teisūs, kai svarstomas teismų vaidmuo. Iš dalies dėl teisėjų parinkimo metodų, iš dalies dėl teisinio parengimo ir patirties siaurumo (netgi dabar) ir iš dalies dėl asmenų, kuriuos traukia teisė, tipo nedaugelis teisėjų yra tiek intelektualiai pajėgūs ir turi tokią ateities viziją, drąsą bei praktinę patirtį, kad galėtų tapti socialinės politikos novatoriais. Kyla pagunda manyti, kad jie geriau atliks savo darbą ir tauta bus saugesnė, jei jie laikysis įsikabinę išmėgintų tiesų ir šitaip pasiliks siaurame precedento pramintame take. Bėda ta, kad precedentas, kurio jų prašoma laikytis, paprastai yra sukurtas teisėjų, kurie nėra už juos didesni valstybininkai, ir atspindi nebeegzistuojančias socialines sąlygas.

Be to, teisinis prudencializmas yra lazda su dviem galais. Jis atsargiai vertina teisinės politikos vykdymą ir kartu atsargiai vertina, ar bent turėtų taip daryti, formalizmą. Formalistų kovos šūkis – *ruat coelum ut fiat justitia* (tegu griūva dangus, kad tik būtų įvykdytas teisingumas) – sukrės supratingą (prudent) žmogų kaip moralinis fanatizmas. Jis norės įstatymus persmelkti... politika. Pats Burke'as prudencializmą suformulavo labai antiformalistiškai, tiesiog pragmatiškai: „Kiekviena vyriausybė, netgi kiekviena žmogaus gauta nauda ir patirtas malonumas, kiekviena dorybė ir kiekvienas supratingas veiksmas pagrįsti kompromisu ir mainais. Mes atsveriame nepatogumus; mes duodame ir imame; mes atsisakome kai kurių teisių, kad galėtume naudotis kitomis; ir mes mieliau norime būti laimingi piliečiai nei priekabūs ginčininkai"[27]. Jis kalba veikiau apie politiką nei apie teisę, tačiau mūsiškiai Burke'o šalininkai teisininkai nori perkelti Burke'o politinio protingumo principą į teisės sritį. Ir pačią teisę Burke'as laikė kompromisu tarp lygybės ir naudingumo[28].

Tikiuosi, kad nepasirodė, jog apie Burke'ą kalbu su panieka. Jis buvo didis žmogus; jis stebėtinai numatė dvi didžiąsias 18 a. revoliucijas. Tačiau neįmanoma vien žavėtis Burke'u ir manyti suradus teisės filosofiją. Prudencializmas yra be paliovos skambanti gaida „būk atsargus" (kartojamas, bet nenuoseklus – nuosekliai atsargus žmogus įspėjimą vertins taip pat atsargiai, kaip ir visa kita), o vienos gaidos melodija greitai pabosta. Todėl neotradicionalistams reikėtų patarti ištirti kitas praktinio proto puses, ypač epistemologinę. Kronmanas ir Weinribas pradeda tą daryti, bet kol kas nelabai matyti jų pastangų rezultato. Vien nuoroda, kad ne visos patikimos žinios yra tikslaus tyrimo rezultatas, ir iš to daroma išvada, kad teisininkui nereikia gėdytis, jeigu jo darbo priemones sudaro beveik tik praktinio proto instrumentai, neotradicionalistų programos nepatobulins. Iš tiesų teisė kaip praktinis protas, užuot stačiusi sienas prieš kitų disciplinų įsiliejimą į teisę, implikuoja atvirumą visiems metodams, įskaitant ekonominio mąstymo ir politinės filosofijos metodus, kuriais galima

[27] „Speech on Conciliation with America", in: *The Philosophy of Edmund Burke: A Selection from His Speeches and Writings* 37 (leid. Louis I. Bredvold and Ralph G. Ross, 1960).

[28] „Tract on the Popery Laws", ibid, p. 24.

indukuoti pagrįstus teisingus įsitikinimus. Teisė kaip praktinis protas nėra teisė kaip reiškinys *sui generis*.

Friedas nesutinka. Jis sako: „[teisėje] naudojama kitokia metodika... Tai analogijos ir precedento metodas... Analogija yra išlavintos, disciplinuotos įžvalgos taikymas ten, kur atskirybių įvairovė pernelyg didelė, kad mūsų protas galėtų ją apdoroti deduktyviai"[29]. Šis teiginys visą mąstymą skirsto į dvi operacijas: dedukciją ir „išlavintą, disciplinuotą įžvalgą" ir visą antrąją operaciją priskiria teisininkui. Tai neišbaigta epistemologija, ji labai perdeda analoginio mąstymo nenuginčijamumą ir reikšmę. Būtų galima pasakyti, kad analoginis mąstymas triumfavo, kai (pavyzdžiui) rasinę diskriminaciją draudžiantis principas paskatino pripažinti platesnį, apsaugą sulyginantį principą, kuris apėmė svetimšalius, moteris ir nesantuokinius vaikus. Tačiau šis pripažinimas reiškė, kad reikia pasirinkti apibendrinimo, su kuriuo reikia suformuluoti įstatymą, lygmenį, ir šį pasirinkimą galėjo lemti ne analogija, o tik politika ar moralė.

Weinribas taip pat uoliai stengiasi skirti teisinį samprotavimą nuo politinio. Jis nagrinėja bylą, kurioje per savivaldybės aplaidumą sutriko vandens tiekimas, ir ieškovui teko palikti namą; į namą įsikėlė neteisėti gyventojai ir jį apgadino. Ar savivaldybė privalo atlyginti jų padarytą žalą? Vienas teisėjas manė, kad atsakymui reikia politinio sprendimo, pagrįsto samprotavimu apie tai, kuriai šaliai lengviau apsidrausti nuo sugadinimo. Weinribas atmeta šio teisėjo požiūrį ir pritaria kitam teisėjui, kuris

> nedarė jokių sąsajų su draudimu ar su žalos darymu. Jis atkreipė dėmesį į tai, ką nurodo „patys bruožai" veiksmo ar įvykio, už kurį reikalaujama atlyginti žalą. Tai ir įvykio prigimtis, jo atsitikimo laikas ir vieta, vykdytojo tapatybė ir intencijos, atsakomybė už priemones, kurių imtasi siekiant išvengti įvykio. Šie veiksniai nedavė rezultato, kuris galėtų būti universali nustatymo priemonė, tačiau [teisėjas] nusprendė, kad jie nusileidžia „instinktyviam jausmui", kad neteisėtų gyventojų žala pernelyg toli nuo atsakovo atsakomybės.[30]

Antrojo teisėjo požiūris neturi jokio analitinio turinio; tai visiška nepalyginamų dalykų maišalynė. Toks keliaklupsčiavimas prieš toliau savo nosies nematančio teismo kompetenciją, sprendžiant teisinio priežastingumo problemas, yra standartinis atsakymas į panašias problemas[31] – gal toks ir yra geriausias, bet aš taip nemanau. Ekonominis ir filosofinis požiūriai į priežastingumą atskleidžia konvencinio teisinio mąstymo skurdą teisės sistemai itin svarbaus klausimo – atsakomybės už neleistiną elgesį sferos – srityje ir nurodo kelią į labiau patenkinamą išeitį. Naudodamasis sudėtingu aristoteliškosios ir kantiškosios analizės aparatu, Weinribas kloja neotradicionalistinės teisės teorijos pagrindus, tačiau kaip garsiosios replės, kurių žnybtai iki galo nesusieina, taip ir šis aparatas negelbsti susidūrus su specifiniu teisiniu klausimu. Ir

[29] Fried, 14-oji išnaša, p. 57.

[30] Ernest J. Weinrib, „Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", 97 *Yale Law Journal* 949, 1006 (1988) (išnašos praleistos). Tai tik nedidelė jo analizės dalis – konkrečioji dalis.

[31] Žr., pvz., W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 263 (5 leidimas, 1984).

pats aparatas yra pradėjęs girgždėti dėl priežasčių, kurias aptarėme 11 skyriuje. Reikia pastebėti ir paradoksą, kad Weinribo požiūris į priežastingumo problemą delikų teisėje, atvirai ir išdidžiai formalistinis požiūris, atmeta įstatymus ir pasiduoda nevadovaujamai teismo kompetencijai. Įklimpęs į dviprasmišką dorumo, teisingumo, ištikimybės tradiciniams idealams retoriką ir samprotavimus apie specifinius atvejus, tradicinis teisės mokslininkas sugriauna savo paties užmojį sukurdamas normų sistemą. Jei „deliktų teisė baigiasi deliktų teise" (žr. 14 išnašą), tai mes žiūrime sau į bambą.

Kronmanas mums yra pavaizdavęs tobulą aristoteliškąjį teisėją[32]. Pačiame aprašyme pabrėžiama empatija, vaizduotė ir suvokimas, kad tikrovei būdinga pasikartoti – už tikrovės savybės nuolat klumpa reformistai. (Prie to dar galima pridurti nutylėjimo žinojimo svarbą.) Nors ir manau, kad Kronmanas pernelyg mažai iškelia tokias žemiškas, bet svarbias savybes kaip patirtis, susitvardymas ir sutarimas su žmonėmis, mano pagrindinės kritinės pastabos kitokios. Pirmoji skirta numanomam Kronmano įsitikinimui, kad kiekvienas teisėjas privalo turėti tapatų gerųjų savybių derinį. Tokiu atveju pernelyg lengva būtų atspėti sprendimo priėmimo sėkmę iš keleto sutartinių su aristoteliškuoju aristokratu siejamų bruožų; ši nuomonė paaiškino neotradicionalizme slypinčią autoritarizmo gyslelę. Iš teisėjų reikalaujant vienodumo sumenkinamas laiko išmėginimas – patvirtinimo būdas, kurį tradicionalistas, regis, turėtų labai vertinti, bent jau taip elgėsi Burke'as[33]. Jei „mėginančioji" bendrija yra vienalytė, išmėginimo suteiktas patvirtinimas yra ribotas. Nėra ko stebėtis ir didžiuotis dėl to, kad panašiai mąstančių žmonių bendrija linkusi sutikti su vieno jos narių pažiūra. Negailestingam laiko išbandymui reikia įvairialypės bendrijos, šiuo atveju – skirtingų tipų teisėjų. Su tuo susijęs ir kitas aspektas, kuris irgi, regis, galėtų būtų reikšmingas tra-

[32] In „Practical Wisdom and Professional Character", 4 *Social Philosophy and Policy* 203 (1986); dar žr. Kronman, „Living in the Law", 54 *University of Chicago Law Review* 835 (1987).

[33] „Bet kurią vyriausybės nustatytą schemą prieš bet kurį neišmėgintą sumanymą gina prielaida, kad tauta pagal jį ilgai gyvavo ir klestėjo. Tai dar geresnė tautos pasirinkimo prielaida – daug geresnio nei bet kurio staigaus ir laikino pertvarkymo, kurį atneša paskutiniai rinkimai. Juk tauta yra ne susitelkimo erdvėje idėja ir viena proga susirinkusių individų susibūrimas, o tąsos, kuri driekiasi ir laike, ir skaičiuje, ir erdvėje, idėja. Ir tai yra ne vienos dienos ar vienos žmonių grupės pasirinkimas, ne sąmyšio paskatintas ar lengvabūdiškas pasirinkimas; tai apgalvotas amžių ir kartų pasirinkimas; tai konstitucija, sudaryta iš to, kas tūkstančius kartų geriau už pasirinkimą; jį sukūrė ypatingos aplinkybės, progos, charakteriai, nuostatos ir moraliniai, pilietiniai bei visuomeniniai vienos tautos papročiai, kurie atsiskleidžia tik per ilgą laiko tarpą. Tai yra drabužis, kuris prisitaiko prie kūno. Be to, vyriausybės nurodymas nėra pagrįstas aklais, beprasmiais prietarais. Juk žmogus yra pati išmintingiausia ir pati neišmintingiausia būtybė. Individas yra kvailas; dauguma dabar, kai veikia neapsvarsčiusi, yra kvaila; tačiau rūšis yra išmintinga, ir atėjus laikui ji, kaip rūšis, beveik visada elgiasi teisingai." „Speech on the Reform of Representation of The Commons ir Parliament", in *The Philosophy of Edmund Burke*, 27-oji išnaša, p. 211. Šis iškalbingas pareiškimas ginant itin susiaurintą rinkimo teisę 18 a. Anglijoje parodo tradicionalizmo kaip politinio principo ribotumą. Netiesa, kad kiekviena išsilaikanti praktika yra gera, ypač kai, kaip kad šiuo atveju, praktika nėra nedirbtinių paieškų rezultatas arba nėra išbandyta. Burke'o tikėjimas nusistovėjusių politinių institucijų antgamtiškumu yra labai abejotinas. (Himmelfarb, „Edmund Burke: The Hero as Politician", žr. 26-ąją išnašą, p. 9, perduoda jo karštą pasipriešinimą pasiūlymui sutrumpinti Parlamento kadenciją nuo septynerių iki trejų metų.) Kitą tradicionalizmo kritiką galima rasti Rowland straipsnyje, žr. 23-iąją išnašą.

dicionalistui, – ta įvairovė teisėjų bendrijoje veikia panašiai kaip genų rinkinys – kaip apsauga prieš pavojus ir šitaip padidina organizmo galią išgyventi. Teisėjavimą, ypač apeliacinių teismų, turėtume suprasti veikiau kaip komandinį darbą, o ne kaip individualų žygdarbį ir turėtume klausti, kokios savybės labiausiai tinka teismo komandai.

Antra, Kronmanas neparodo, kaip kuris nors bruožas, kurį jis priskiria idealiam teisės praktikui arba teisėjui, yra būdingas vien teisei, t. y. kyla veikiau iš teisinio išsilavinimo ir patirties nei iš kitokio išsilavinimo ir patirties, arba kaip atskirti teisinį samprotavimą nuo kitokio praktinio samprotavimo. Jo nurodomi bruožai tiek pat svarbūs verslininkui ar politikui, kiek ir teisininkui. Perskaičius vėl lieka abejonė, ar teisininkai turi daugiau išskirtinių bruožų, negu teisės šaltinių išmanymą, ir įgūdžių kritiškai naudotis logika (tai nereiškia, kad šios savybės nėra reikšmingos). Ir Kronmanas nepateikia jokio įrodymo, kad teisėjai, turintys savybių, kurias jis laiko pageidaujamomis teisėjams, iš tikrųjų priimdavo geresnius sprendimus už kitokius teisėjus.

Trečia, mums nenurodomi būdai, kaip atpažinti aristoteliškąjį teisėją. Mes negalime susikurti jo bruožų iš jo teismo sprendimų, nes pastarųjų kokybę garantuoja tai, kad būtent jis juos priėmė. Ar jo autoriteto ženklai atsispindės jo veide ar eisenoje, laikysenoje ar balse? Čia sena nuslėpto žinojimo problema. Jis lieka neišsakytas. Ir jo buvimą turbūt įrodo valgymo būdas. Gražu, kai žmonės gali suprasti, kas slypi už poelgio, deja, teisėjo atveju tas negalioja. Mes neturime jokių priemonių iš anksto atpažinti aristoteliškąjį teisėją ir jokių priemonių nustatyti, ar savo pareigas atlikęs teisėjas tikrai yra aristoteliškasis. Bijau, kad Kronmanas, norėdamas patikrinti tokį teisėją, kreips dėmesį ne į konkrečius jo sprendimus, bet į tarseną, kuri žadėtų brandų ir svarų mąstymą. O tai nesunku padirbti.

Mes taip pat turime žinoti, kad tarp neotradicionalistų prudencinės ir epistemologinės sampratos apie teisę kaip praktinį protą tvyro įtampa. Kai manoma, kad teisė yra nepriklausoma nuo kitų disciplinų, teisėjai gali justi paskatą spręsti rimtas socialines, ekonomines ir politines problemas, kurios jiems permetamos su bylomis. Iš to gali rastis neatsargus aktyvumas, nes teisinis išsilavinimas ir įžvalgumas neparengia spręsti tokių problemų. Teisėjas, kuris suvokia neturįs rimto pagrindo jas perprasti, nes tas pagrindas, jei apskritai yra, slypi kitoje disciplinoje – gali svyruoti, ar jas spręsti, nebent jis pasitiki savo sugebėjimu išmanyti kitas disciplinas. Tačiau retas teisėjas jaučia tokį pasitikėjimą. Neotradicionalizmas yra potencialiai savimi pasitikintis tikėjimas, netikro nuolankumo šaltinis.

Su tuo susijęs pavojus pervertinti praktinį protą, kuris, nors ir neprieinamas, vis dėlto linkęs klysti. Įžvalgumas, sveikas protas ir daugelis kitų dažnai naudojamų praktinio proto metodų palaikė tokias ilgaamžes klaidas kaip geocentrinė visatos teorija ir aristoteliškieji judėjimo dėsniai. Jie taip pat rėmė tikėjimą raganavimu ir burtininkavimu, bylinėjimąsi naudojant dvikovą ir kankinimus – tai liudija apie ribotą sveiko proto galią teisiniuose samprotavimuose. Yra ir daug kitų pavyzdžių, pvz., aibė antimonopolinių doktrinų, kurios atitinka sveiką protą, bet kertasi su ekonominiu naudingumu. Politinis isteblišmentas, kur paprastai apstu konvencinės išminties praktikų, dažnai patirdavo nesėkmes – prisiminkime britų viršūnes 4-ajame dešimtmetyje ir amerikiečių

7-ajame. Ar panašios sudėties teisininkų isteblišmentas pajėgus vykusiai reaguoti į teisės krizes? Ar neotradicionalistas kada nors ryžtųsi kvestionuoti, o kur jau ten peržengti savo teisinės ir socialinės aplinkos konvencinę išmintį ir elgseną.

Oweno Fisso išanalizuotas[34] neotradicionalistų sparnas, kuris gina „interpretuojančiųjų bendrijų" teoriją, siekia nustatyti įstatymų ir Konstitucijos apibrėžtumą, rodydamas, kad tekstai turi objektyvią reikšmę, tik tą reikšmę turi ne tiek pats tekstas, kiek interpretuojančioji bendrija. Šis požiūris veikiausiai atsirado, nesupratus Stanley Fisho vartojamos sąvokos. Fishas ją vartoja, kad paaiškintų, kaip įmanoma, jei – kaip jis mano – joks tekstas neturi objektyvios reikšmės, jog sudaromas esminis susitarimas dėl net pačių sudėtingiausių tekstų reikšmės ar bent dėl įmanomų reikšmių spektro. Jis aiškina, kad jei per selekciją, išsilavinimą ir hierarchiją (profesinę ar politinę), keletas panašiai galvojančių asmenų (galbūt priverstų galvoti panašiai) grupė įgyja interpretacijos monopolį, tai susidaro interpretacijos konsensusas – bet anaiptol ne dėl to, kad pats tekstas reikalauja tokio susitarimo. Ir kaip jis gali reikalauti? Kitos kalbos ar kultūros žmogui jis tėra keverzonė ant popiergalio[35]. Taigi Fisho samprata „interpretuojančiosios bendrijos" yra sociologinis apibendrinimas apie tai, kaip susidaro konsensusas, o ne objektyvumo gynyba ar interpretacijos vadovas. Fishas nesiliauja kartojęs, kad jo raštuose apie teoriją niekam – nei teisininkui, nei literatūros kritikui – neduodama jokio pagrindo apsispręsti vienos, o ne kitos teksto interpretacijos naudai. Pastebėjimas, kad teisėje, kaip literatūroje ir kitose tekstu grindžiamose disciplinose, interpretuojančiosios bendrijos neduoda jokios priemonės, kurią būtų galima panaudoti ginant ar puolant tam tikrą įstatymų ar Konstitucijos interpretaciją.

Fisho svarstymus apie interpretuojančiąsias bendrijas galime pratęsti aiškiau už jį, remdamiesi pragmatine Peirce'o, Jameso, Dewey, Wittgensteino, Kuhno, Rorty ir Habermaso tradicija. Idėją, kad mintis, tiesiogiai susiliesdama su tikrove, yra disciplinuota ir išlieka racionali, pragmatikai pakeičia „savidisciplinos kaip įsitikinimimų racionalumo kontroliuotojos" idėja „ir remia diskusiją, argumentavimą, nutarimą ir sprendimą, kurį varžytų nuoseklumo reikalavimai ir aiškaus reguliavimo nustatomos ribos"[36]. Tačiau kyla keblumas, nes, pritaikius teisei jos ribas nustatančius „dialogo" metodą ir nuoseklumo reikalavimus bei aiškų reguliavimą, lieka daugybė atvejų, kur priešingos išvados yra vienodai racionalios. Kaip kontrastą paimkime žaidimą šachmatais, suvoktą ne kaip 1 skyriuje – kaip griežtesnių ir labiau nekintamų nei teisės taisyklių rinkinį – o kaip kalbą, panašią į teisės, kai ši suvokiama dialogu. Šachmatų kalbos teiginius su-

[34] In „Conventionalism", 58 *Southern California Law Review* 177 (1985).

[35] Plg. W. V. Quine, „Indeterminacy of Translation Again", 84 *Journal of Philosophy* 5 (1987); Stig Alstrup Rasmussen, „The Intelligibility of Abortive Omnisciene", 37 *Philosophical Quarterly* 315 (1987).

[36] R. W. Newell, *Objectivity, Empiricism, and Truth* 8 (1986); dar žr. id. p. 16–18. Tokia pažiūra implikuojama gausiuose Jameso Boydo White'o raštuose apie teisę (turbūt geriausiai ją iliustruoja jo knygos *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community* (1984) 9 skyrius). Visi jo raštai (kaip dabar matau) gali būti priskirti „dialogiškai" suvoktam neotradicionalizmui ir panaudoti aiškinantis White'o straipsnyje „Judicial Criticism", 20 *Georgia Law Review* 835, 843–845 (1986) reiškiamą šiaip jau keistą jo antipatiją teisės teorijai.

daro leistini ėjimai. Nors priežastys, dėl kurių šie ėjimai leistini, o kiti ne, žinomos tik uoliems šio žaidimo tyrinėtojams. Tam, kad žaidėjas laikytųsi žaidimo kalbos, jokia studija (atitinkanti teorinius fundamentalių teisės normų tyrinėjimus) nėra nei būtina, nei svarbi. Jei žaidėjas pajudintų bokštą įstrižai, jis žaistų nebe šachmatais. Panašiai teisę galime laikyti rinkiniu susitarimų, kurie taip pat laisvai pasirenkami kaip ir šachmatų taisyklės arba graikų Attikos tarmės žodynas ir elementarioji gramatika, o teisėjui – duoti užduotį bausti už nukrypimus nuo tų susitarimų. Deja, dabartinė Amerikos teisė visai nepanaši į šachmatus. Ji daug labiau besikeičianti – labiau už bet kurią „tikrą" kalbą. Kai kuriuos ėjimus, pvz., apeliavimas į teisėjos klasinio solidarumo pojūtį, teisinė kultūra draudžia. (O gal ne? Ar teisėjas, būdamas istoriškai diskriminuojamos mažumos grupės narys, priima šiai grupei šiek tiek palankesnius sprendimus, būtų kritikuojamas už šališkumą? Manau, kad ne.) Tačiau tokių draudimų nėra daug. Dialoginis metodas galėtų, kaip teigia Fishas, parodyti, kad byla *Brown v. Board of Education* nebuvo išspręsta nekorektiškai vien dėl to, kad tie, kurie įterpė straipsnį apie lygią apsaugą, negalvojo, kad juodaodžiai vaikai turi konstitucinę teisę lankyti valstybines mokyklas su baltaodžiais vaikais. Tačiau jis neparodo, kad sprendimas mokyklos tarybos naudai nebūtų buvęs labiau nekorektiškas, negu savo formalistine šio sprendimo analize tai pajėgė parodyti Robertas Borkas (žr. 10 skyrių).

Neotradicionalizmas dažniausiai yra siekis. Kvietimas sugrįžti prie tradicinių teisės analizės metodų. Kad įrodytų, jog nacių vadovai buvo nubausti teisėtai, Peteris Teachoutas pateikia keletą pastabų iš Roberto Jacksono įžanginės kalbos Niurnbergo procese[37]. Jacksono prakalba yra įspūdinga ir jaudinanti, tačiau ji nebūtų vykęs pavyzdys to, ką teisininkai galėtų, sakyčiau, patys vieni. Kad įrodytum, jog nacių vadai buvo griežtos bausmės nusipelnę niekšai, interdisciplininiai analitiniai metodai nebuvo būtini, tačiau jie dažnai neišvengiami, kai reikia protingai išspręsti mūsų šalies teisės sistemoje kylančias sudėtingas problemas. Teachouto cituotose ištraukose neminima akivaizdžiai svarbi grįžtamosios galios problema, kuri Niurnbergo procese buvo politinė. Apėjus šį klausimą, visa kita yra vieni juokai. Lieka įrodyti, kad neotradicionalistiniai metodai gali nulemti sudėtingą bylą.

Roberto Jacksono, itin gilaus proto asmenybės, paminėjimas turėtų priminti mums, kad didžiausi Amerikos teisininkai buvo žmonės, pranokę tradicines teisininko profesijos sampratas. Jacksonas nebuvo mokęsis teisės mokykloje, o Cardozo ją paliko neįgijęs laispnio. Teisės praktikoje Learnedas Handas buvo nevykėlis. Holmesas nebuvo nei pats sėkmingiausias teisininkas, nei labiausiai į teisininką panašus teisėjas. Tapti didžiu teisės srityje reiškia pranokti teisę – kai ji apibrėžiama taip siaurai, kaip norėtų neotradicionalistai. Didžiausi Amerikos teisėjai nebuvo aristoteliški ta prasme, kokią neotradicionalistai išveda iš Aristotelio. Aristotelis šių dienų pasauliui reikšmingas ne tuo, kad jis buvo Atėnų aristokratas, bet kad jis buvo empirikas.

Danielis Farberis ir Philipas Frickey tvirtina, kad tuščios etinių, politinių ar teisinių normų „pamatų" paieškos uolius fundamentalistus paverčia skeptikais ir vietoje

[37] „The Burden of the Liberal Song", žr. 12-ąją išnašą, p. 1326–1348.

pamatų siūlo neotradicionalistiškai suvoktą praktinį protą[38]. Jų teiginio detalės nepalieka daug vilčių: „atidumas istorijai ir kontekstui; noras priimant teismo sprendimą išvengti atsisiejimo nuo žmogiškojo faktoriaus; gyvenimo kompleksiškumo vertinimas; šioks toks pasitikėjimas dialogu ir samprotavimu; tolerancija dviprasmybėms, prisitaikymams ir mėginimams, bet skepticizmas griežtų dichotomijų atžvilgiu; ir visų pirma nuolankumas"[39]. Duokite man šitokias savybes ir aš pajudinsiu pasaulį.

Yra ir dar rimtesnė priežastis, dėl kurios neotradicionalizmas gali tapti priešnuodžiu nuo teisinio skepticizmo. Šį sąjūdį remiantis intelektinis pagrindas pats yra pastatytas ant skepticizmo – tų pačių Burke'o, Oakeshotto ir Bickelio, tokių Švietimo epochos skeptikų kaip Hegelis, Nietzsche, Heideggeris ir Gadameris, ir pragmatikų skeptikų, kuriems turbūt priklauso ir Fishas[40]. Terminas „skeptizicmas" gali atrodyti pavartotas ne vietoje. Jų skepticizmas neabejoja išorinio pasaulio ar kitų protų egzistavimu. Tai abejonė proto galia priimti objektyvų sprendimą, iškilus kebliems klausimams dėl fakto ar dėl vertės[41]. Neotradicionalistai, būdami skeptikais pastarąja prasme, reikalauja, kad teisėjas vykdytų savo užduotį su nuolankumu, su pagarba profesijos tradicijai, su tikėjimu praeities išmintimi. Toks teisėjas iš paklusnumo tradicijai gali naudotis formalistine retorika, lygiai taip pat tą gali daryti save tvardantis teisėjas, tikėdamasis apriboti savo ir kito teisėjo galią. Tačiau abiem atvejais teisėjas, kuris žino, ko nori, neturės jokių formalistinių iliuzijų. Tai nereiškia, kad teisėjas neotradicionalistas ir teisėjas pragmatikas yra neatskiriami. Pastarasis bus išradingesnis, ryžtingesnis ir todėl labiau linkęs žiūrėti pirmyn, tuo tarpu pirmasis dažniau gręžiosis atgalios[42]. Skirtumas tarp žiūrėjimo pirmyn ir gręžiojimosi yra toks pat kaip tarp Benthamo ir Blackstone'o; taigi pragmatikas bus šiek tiek bentamiškas, tačiau – kaip pritinka pragmatikui – nenorintis sutapti iki galo. Be to, pragmatikas bus mažiau „profesionalus", labiau atsižvelgs į politiką, skaidresnis, trumpai tariant, jis bus mažiau tradicinis legalistas.

Skirtumų nereikia perdėti. Šiame skyriuje aš akcentavau „prietarą" (Gadamerio vartojama prasme) kaip tinkamą atramą prieš grynai racionalią argumentaciją, o šiame skyriuje – atsargumą ir realistišką reformoje slypinčių prieštaravimų įsisąmoninimą. Skirtumas tarp tų, kurie pagal savo būdą linkę pabrėžti mūsų ryšius su praeitimi, ir tų, kurie linkę priimti ateities iššūkius, yra reikšmingas, tačiau remtis saugiais tradiciškai tikrais dalykais neotradicionalistui seksis ne lengviau nei pragmatikui. Pagrindas iš po kojų išmuštas. Šiandien visi esame skeptikai.

[38] „Practical Reason and the First Amendment", *UCLA Law Review* 1615, 1644–1645 (1987).

[39] Idem., p. 1646.

[40] Ir prisiminkime neracionalumo komponentą Aristotelio samprotavimuose. Žr. Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in greek Tragedy and Philosophy* 307–310 (1986).

[41] Hume'as skyrė dvi skepticizmo rūšis – filosofinį skepticizmą, kuris yra nenuginčijamas, bet neturi jokių įsitikinimų, ir praktinį, kuris padeda įveikti gyvenimo sunkumus ir ypač sergsti nuo skuboto žingsnio. Plg. 24 išnašoje nurodytą Hume'o veikalą, p. 155, nr. 1 ((§ 12, pt. 2, ¶122) su id. p. 161 ((§ 12, pt. 3, ¶129).

[42] Plg. „The Development of American Pragmatism", in John Dewey, *Philosophy and Civilization* 13, 33 (1931).

15 SKYRIUS

Pragmatiko manifestas

Pabandžiau taikyti analitinės filosofijos metodus, kad pateikčiau kritinį šiuolaikinės Amerikos teisės vertinimą. Mano dėmesys buvo sutelktas į du teisės sistemos dalykus. Vienas jų – teisinio mąstymo kaip sprendimų priėmimo metodologijos autonomija. Kitas susijęs su objektyvumu griežtąja prasme, kad asmenys su skirtingais politiniais ar ideologiniais įsipareigojimais vis dėlto gali rasti sutarimą dėl atsakymo netgi į labiausiai politiškai jautrų, t.y. teisės klausimą, kas yra visos teisės sistemos tikslas. Akcentavau rizikingą teisėjo, priversto priiminėti nepopuliarius sprendimus, padėtį – kiekvienas teismo sprendimas nepatinka vienai iš ginčo šalių ir tiems, kurių padėtis tokia pati kaip tos šalies; teismas taip pat neturi kitoms, labiau „organiškoms" (liaudies, autentiškai suverenioms) valdžios šakoms, nuo kurių teismų sistema sąmoningai ir netgi triukšmingai atskyrė save, siekdama apsaugoti politinį nepriklausomumą, būdingo autoriteto. Nepriklausomos teismų sistemos susikūrimas politinį legitimumą pakeičia profesionalizmu, ekspertinių žinių įsigalėjimu, taip pat sukuria nuolatinę įtampą tarp teisės ir politikos, vykdydama teismų funkciją – įtampą, kuri atsispindi jurisprudencijoje šimtmetį trunkančiame ginče tarp legalistų ir skeptikų.

Tai, ką aš ką tik pasakiau, yra pakankamai žinoma. Visas naujumas slypi mažose detalėse, kurias surinkau prieš teisės autonomijos ir objektyvumo šalininkus formalistus, kaip kas nors galėtų juos pavadinti, kadangi formalizmo esmė yra aiškinti teisę kaip santykių tarp idėjų sistemą, o ne kaip socialinę praktiką. Aš neatmetu formalizmo *tout court*; jame ne tiktai randamos labai naudingos formalios sistemos, tokios kaip logika, matematika ir specialios žinios – logika vaidina svarbų vaidmenį priimant teisinius sprendimus. Aš atmetu sureikšmintą teisinį formalizmą, kuris teigia, jog ryšiai tarp teisinių idėjų turi būti teisės bei teisinės minties esmė. Šia prasme kartais manoma, jog formalizmas teisėje yra abejotinas reiškinys. Tai toli nuo tiesos. Daugelis pačių stipriausių šios profesijos protų yra formalistai, neatsižvelgiant į tai, ar jie naudoja šią etiketę, ar ne; ir dabartiniu metu formalistinis stilius atgyja tiek Aukščiausiajame Teisme, tiek žemesniuosiuose federaliniuose teismuose. Formalizmas – tiek teisininkų, tiek su šia profesija nesusijusių žmonių, tiek pozityvistų, tiek prigimtinės teisės šalininkų, nors ir ne visų kiekvienai iš šių stovyklų priklausančių asmenų, yra oficialioji jurisprudencija.

Leiskite man labai trumpai apžvelgti svarbiausius nagrinėtus dalykus. Pradėjau nuo teismo proceso epistemologinio ir ontologinio aspektų, ieškodamas metodų, leidžian-

čių į sunkius – tiek teisinius, tiek faktinius – klausimus rasti įtikinamus atsakymus, kuriuos pateikia teisinio argumentavimo ir įrodinėjimo taisyklės. Tokių metodų nerasta. Konstruktyvus logikos vaidmuo teisėje, kitaip nei lemiamasis (lemiamasis vaidmuo reiškia prieštaravimų atskleidimą), yra ribotas. Tuo tarpu normos turi savo loginę struktūrą, teisės normos dažnai yra neapibrėžtos, menkai motyvuotos, lengvai užginčijamos ir ne tik keistinos, bet dažnai ir keičiamos. Teisėjų požiūriu jos labiau primena elgesio orientyrus arba praktikos išraišką nei įsakymus. Teisės mokslinio nagrinėjimo vaidmuo taip pat ribotas iš dalies dėl požiūrio ir tradicijos, tačiau iš dalies ir dėl teisės sistemos esminių bruožų, ypač kas susiję su ta reikšme, kuri pagrįstai teikiama teisinių prievolių stabilumui, tikslumui bei nuspėjamumui.

Negalėdami savo sprendimų sudėtingose bylose pagrįsti logika ar mokslu, teisėjai priversti griebtis neformalių mąstymo metodų, kuriuos aš vadinu „praktiniu protu" (vartodamas šią sąvoką šiek tiek netradicine prasme). Tokie metodai dažnai pasiteisina, bet kartais – ne; bet kuriuo atveju jie yra mažiau priklausomi nuo teisinio išsilavinimo ir patirties, nei kas nors gali pamanyti. Konkrečiai kalbant, mąstymas pasiremiant analogija buvo pernelyg išpopuliarintas kaip mąstymo metodas, neabejotinai įtikinamas ir aiškiai teisinis. Iš tikrųjų jis nepasižymi nei viena iš šių savybių. Analogijos galia veikia kaip stimulas mąstyti. Teisėje pagrindimo logikos reikia labiau nei tiktai arba iš esmės atradimo logikos. Kaip pagrindimo metodą mąstymą pasiremiant analogija iš tikrųjų reikia laikyti arba dedukciniu arba – kraštutiniu atveju – indukciniu, o ne kokiu nors atskiru metodu; ir kad ir koks jis bebūtų, jame nėra nieko aiškiai teisinio. Precedentai, kurie aiškiai primena nagrinėjamą klausimą, iš tikrųjų yra autoritetingas šaltinis teismui, tačiau jų autoritetas pagal pobūdį yra labiau politinis, t.y. pagrįstas galia, nei episteminis. Teisėjai vadovaujasi ankstesniais teismų sprendimais tada, kai su jais sutinka arba kai jie konkrečiomis aplinkybėmis teisinį stabilumą laiko svarbesniu už teisingumo įtvirtinimą teisės pagalba.[1] Tačiau precedento analoginė reikšmė reiškia tik tiek, kad jame yra informacijos, padedančios priimti sprendimą nagrinėjamoje byloje.

Daugelis teisės doktrinos pokyčių neturi nieko bendra nei su analogijomis (išskyrus tiek, kiek jos veikia kaip palyginimai ar metaforos – įtakingi, tačiau alogiški įtikinėjimo būdai), nei su logiškai arba empyriškai svariais argumentais ar įrodymais. Tuos pokyčius lėmė esminės, religinio pobūdžio, permainos. Iš tikrųjų teismams prieinamos tyrimo priemonės yra tokios ribotos, kad teisėjo, susidūrusio su sudėtinga byla, aukščiausias realistinis siekis yra priimti „protingą" (praktišką, pagrįstą) sprendimą, kas skiriasi nuo įrodomai teisingo sprendimo – pastarasis paprastai paliekamas nuošalyje. Protingumo sudedamosios dalys apima, tačiau neapsiriboja, įprasta teisine medžiaga, tokia kaip precedentai bei pasinaudojimo jais principai. Teisėjas dažnai netu-

[1] Aišku, jog žodis „teisingumas" čia vartojamas antrąja iš dviejų prasmių, tinkamų teisei: t.y. pasiremiant substantyviu teisingumu, jis reiškia teisingumą konkrečiu atveju, o ne formalųjį teisingumą, kuris akcentuoja sisteminius dalykus, tokius kaip precedento laikymasis. Antrosios prasmės nuvertinimas yra skiriamasis kritinių teisės studijų bei kitų radikalių teisės teorijų bruožas.

ri jokio kito pasirinkimo kaip suformuluoti sprendimą, remdamasis neteisiniais metodais ir su teise nesusijusiais dokumentais, o kartais jis yra priverstas prieš teisinius argumentus pasinaudoti paprasta intuicija.

Aš akcentavau faktinės ir teisinės analizės sunkumus teismo sprendimo priėmimo procese, pastebėdamas, jog teisės sistemoje dažnai įtvirtinamas „formalus", o ne „materialus" teisingumas, t.y. nustatomos procedūrinės taisyklės (pvz., taisyklės dėl įrodinėjimo pareigos), kas nulemia tam tikro sprendimo priėmimą nepaisant neišsprendžiamų faktinių neaiškumų. Faktinių aplinkybių neaiškumas daro įtaką ne tik pastangoms nustatyti, kas sukėlė ginčą, tapusį teismo proceso objektu, bet ir pastangas įvertinti teisės doktrinų reikšmę, dėl ko faktinis tų doktrinų pagrindas dažnai yra abejotinas. Todėl iš dalies dėl įrodinėjimo priežasčių ir iš dalies dėl gilesnių filosofinių priežasčių, tariama teisės ištikimybė turtingai mentalinei laisvos valios, ketinimo ir panašiai ontologijai pasirodo esanti dirbtina. Kaip teigė Holmesas, teisė liečia tik išorinius dalykus. Žmogiškosios veiklos modelis tokiose srityse kaip baudžiamoji teisė yra biheivioristinis (deterministinis); netgi „savanoriško" prisipažinimo koncepcija savo pobūdžiu laikoma deterministine.

Pati teisė geriausiai pažįstama vartojant biheivioristines sąvokas. Ji negali būti tiksliai arba prasmingai apibūdinta kaip pozityviosios teisės arba prigimtinės teisės sąvokų rinkinys. Ją geriau, nors ir nevisiškai, apibrėžti kaip licencijuotų profesionalų, kuriuos mes vadiname teisėjais, veiklą, o jų licencijos apimtis apribota tik griežtai neapibrėžtų profesinio padorumo ir moralinio konsensuso rėmų. Holmesas buvo teisus siūlydamas teisės numatymo teoriją, kuri savo pobūdžiu yra veiklos teorija; jo kritikai paskubėjo ją atmesti. Teisės apibrėžimas per veiklą ištrina skirstymą į prigimtinę ir pozityviąją teisę, o toks skirstymas tikrai tapo beprasmis. Teisėjai labiau kuria nei atranda teisę, o kaip šaltinius jie naudoja taisykles, nustatytas įstatymų leidėjų ir ankstesnių teismų sprendimų („pozityviąją teisę"), taip pat savo pačių etines bei politines preferencijas. Šios preferencijos apima visa tai, kas liko iš „prigimtinės teisės"; dauguma mūsų nebemano, kad gamta atspindi normatyvinę tvarką.

Jei teisės objektyvumo ir autonomijos neišsaugos epistemologija ir ontologija, jos neišsaugos ir hermeneutika. Objektyvaus bendrosios teisės, statutų ar Konstitucijos aiškinimo neužtikrins nei aiškinamoji teorija, nei gausi literatūra apie teisės aiškinimą.[2] Žinoma, aiškinimo skepticizmas gali būti perdėtas. Neabejotina, jog statutai ir Konstitucijos nuostatos parodo komunikavimo pastangas. Kita vertus, kai kalbama apie statutus ir Konstituciją, komunikavimo kanalai dažnai yra uždaryti, o kai tai atsitinka, aiškinimo samprata tampa pernelyg miglota ir neapibrėžta, kad ja būtų galima vadovautis teisiniame nagrinėjime. Mes tai pamatome tada, kai iškeliame klausimą, koks yra teisinio aiškinimo tikslas; išaiškėja, kad į šį klausimą nėra nei vienodo

[2] Kas atsispindi ir praktiniu lygmeniu – didžiulėje aiškinamųjų požiūrių, randamų teisėjų nuomonėse, įvairovėje. Netgi Aukščiausiajam Teismui sunku užtikrinti aiškinamojo požiūrio bendrumą, kadangi paprastai aiškinamoji teorija teisėjo nuomonėje neturi jokios oficialios galios. Tas pats atsitiktų arba bent jau greičiausiai galėtų atsitikti ir su kita teorija, įvardijant ją kaip nebūtiną ir dėl to neprivalomą.

atsakymo, nei racionalių būdų sutarimui pasiekti, ir kad viskas priklauso nuo aiškintojo išpažįstamos politinės teorijos. Geriausiai mums būtų atsisakyti sąvokos „aiškinimas" ir sutelkti dėmesį tiesiai į siūlomo statutinių ir konstitucinių nuostatų taikymo pasekmes konkretiems ginčams.

Teisės autonomijos ir objektyvumo šalininkų padėtis nepagerėja ir tuo atveju, kai imami akcentuoti esminiai principai, kuriais vadovaujantis būtų galima organizuoti ir nukreipti teisinį nagrinėjimą. Prigimtinė teisė, kuria įvardijamos etinės ir politinės nuostatos, darančios įtaką teisėjų nuomonei – t.y. tokios nuostatos, kurios glūdi teisingumo principuose (pavyzdžiui, niekas negali turėti naudos iš savo padaryto blogio ir *pacta sunt servanda*) – išoriškai yra nepriekaištinga. Tačiau prigimtinė teisė kaip mąstymo, generuojančio konkrečius atsakymus į sudėtingus moralinius ir teisinius klausimus, sistema yra beviltiška tokioje morališkai heterogeniškoje visuomenėje kaip mūsų. Distributyvus teisingumas prigimtinės teisės pakeisti negali, kadangi jis taip pat yra draskomas nesuderinamų politinių nesutarimų. Nors korektyvus teisingumas, glūdintis mūsų giliai paslėptose atpildo emocijose, ir gerovės maksimizacija – ypač, mano nuomone, pastaroji – turi reikšmingas pritaikomumo sritis, ypač kas siejasi su bendrąja teise, nė viena jų nesudaro išbaigtos sistemos, leidžiančios tiksliai apibrėžti teismų priimamus sprendimus. Tokios išsamios sistemos negali pateikti nei vis didesnį dėmesį pritraukiančios literatūrinės, feministinės bei komunitarinės perspektyvos, nei nostalgija persunktas judėjimas filosofijos pagalba grįžti į tradicinį legalizmą, kurį aš vadinu neotradicionalizmu. Katė paleista iš maišo. Pastangos šiame mokslo ir pliuralistiniame amžiuje iš naujo rasti patikimą prasmę teisės autonomijoje ir objektyvume atrodo bergždžios. Kita vertus, radikalusis skepticizmas ir migloti kritinių teisės studijų komunitariniai siekiai taip pat veda į aklavietę.

Esminė problema gali būti išsakyta paprastai. Teisėje ypač sudėtingiems klausimams spręsti naudojama primityvi metodologija. Primityvumas yra užmaskuojamas tuomet, kai nėra kitų tyrinėtojų, turinčių veiksmingą metodologiją; dabar tokių yra dėl gamtos ir socialinių mokslų pažangos. Sunkumas yra užmaskuojamas tuomet, kai teisės sistema yra homogeniška, nes tuomet jos kūrėjai sukuria reikiamas prielaidas patikimam sprendimui priimti. Dėl socialinių ir politinių pokyčių Amerika nebeturi homogeniškos teisės sistemos. Kuo įvairesnė teismų sistema, tuo tvirtesni sprendimai, nusipelnantys stiprios paramos šioje sistemoje; tačiau mažiau tikėtina, kad konkretus sprendimas tokios paramos sulauks, dėl ko teisės doktrinos nenuspėjamumas darosi labiau pastebimas. Kai kurie teisininkai ir teisėjai mano, jog teisėjų korpuso įvairovė yra neigiamas dalykas, nes tai teisę daro neapibrėžtą, nenuspėjamą. Toks teiginys turi prasmės. Tačiau žinių, o ne tvarkos, požiūriu jie klysta. Teisėjų korpuso įvairovė atskleidžia – be to, tuo pat metu ir mažina – intelektinį teisės skurdumą, ir tai laikoma būdu ne tik autoritetingai spręsti ginčus, bet ir generuoti įtikinamus atsakymus į socialinius klausimus.

Teisėjų korpuso įvairiapusiškumą reikia skirti nuo teisėjų korpuso, sudaryto priklausomybės tam tikrai rasei arba lyčiai pagrindu. Žinoma, asmenys, priklausantys skirtingai nei dauguma teisėjų rasei arba lyčiai, gali turėti atitinkamą gyvenimo pa-

tirtį, kuri prisideda prie teisėjų luomo moralinės bei intelektinės įvairovės, tačiau, kita vertus, tas pats pasakytina ir apie skirtingų religijų bei profesinio išsilavinimo, skirtingo temperamento, sveikatos ir netgi skirtingų pomėgių asmenis. Teisėjų atrankos mechanizmas, kuriuo siekiama tik balanso tarp triukšmingų, politiškai įtakingų interesų grupių, nesukuria optimaliai įvairiapusiško teisėjų korpuso.

Teisės samprata gali būti trumpai apibūdinta tokiomis tezėmis. Pirma, nėra tokio dalyko kaip „teisinis mąstymas". Teisininkai ir teisėjai atsako į teisinius klausimus naudodami įprastą logiką bei įvairius praktinio argumentavimo metodus, kuriuos kasdienėje veikloje naudoja dirbantys protinį darbą. Iš dalies dėl teisės (sveikintinos) sąsajos su stabilumu, mokslinis požiūris ir mokslo metodologija teisėje nėra svarbiausi.

Antra, iš dalies dėl ką tik minėtos priežasties ir iš dalies dėl to, kad daugelis praktinio mąstymo metodų yra žodžiais sunkiai išreiškiami (pavyzdžiui, tylus žinojimas), iš dalies dėl to, kad „išankstinis sprendimas" – prieštaravimo racionaliems argumentams prasme – kuris prieštarauja nusistovėjusiems pagrindams, dažnai pats savaime yra racionalus, iš dalies dėl to, kad teisiniame procese grįžtamasis ryšys yra silpnas (t.y. teismų sprendimų pasekmės dažniausiai lieka nežinomos), teisinių sprendimų pagrindimas (panašiai kaip mokslinis patikrinimas) – įrodymas, jog sprendimas yra teisingas – dažnai yra neįmanomas.

Trečia, glaudžiai susijęs dalykas yra tai, kad sudėtingos teismų bylos retai kada gali būti išspręstos objektyviai, jeigu objektyvumas reikštų daugiau nei protingumas. Be to, kuo vienodesnis teisėjų korpusas, tuo labiau sutariama dėl pagrindų, reikalingų sprendimui priimti, ir todėl bus mažiau sunkiai išsprendžiamų bylų. Aš akcentavau tiek šio vienodumo kainą, tiek skirtingumo laipsnį šiandieniame Amerikos teisėjų korpuse. Tačiau reikėtų atsižvelgti į tai, jog netgi tokiame mišriame teisėjų korpuse, kaip mūsų, egzistuoja didelė dalis bendros intuicijos, kuri sukuria prielaidas objektyviems sprendimams priimti. Moralinis ir teisinis nihilizmas yra tiek pat nepagrįstas kaip ir moralinis realizmas arba teisinis formalizmas.

Ketvirta, dideli pokyčiai teisėje dažnai įvyksta dėl neracionalaus proceso, primenančio konversiją. Retorika įtikinėjimo, nebūtinai nukreipto į racionalų protą, prasme (kurią kritikavo Platonas savo *Gorgias*) gali pakeisti teisę tiek pat, kiek ir rūsti realybė.

Penkta, teisė yra veikla, o ne sąvoka ar grupė sąvokų. Negalima *a priori* nustatyti ribų tam, kas gali būti panaudota kaip argumentas teisėje. Prigimtinės teisės moderni reikšmė – ne objektyvių normų, nusveriančių pozityviąją teisę, sistema, bet etinių ir politinių argumentų šaltinis, kuriuo teisėjai naudojasi ginčyti, keisti arba plėtoti pozityviąją teisę (kitaip tariant, kurti naują pozityviąją teisę). Nėra jokių moralinių „realybių" (bent jau tokių, kurios padėtų išspręsti sudėtingas bylas), kaip nėra ir tokios pozityviosios teisės sistemos, kuri kokiu nors pavidalu yra pirmesnė už teismų sprendimus, kuriais taikomi, ir tame procese – patvirtinami, modifikuojami, išplečiami arba paneigiami – „suvereno" paliepimai. Takoskyra tarp pozityviosios ir prigimtinės teisės nėra nei įdomi, nei svarbi, ir pačios šios sąvokos yra tapusios beprasmės.

Šešta, nebėra naudingos prasmės, kuria teisė yra aiškintina. Tai pasakytina tiek apie statutinę ir konstitucinę teisę, tiek apie bendrąją teisę. Aiškinimas mažai padeda; jis

geriausiu atveju primena, kad išorinis vaizdas slepia tekstą (o bendrosios teisės srityse nėra net to). Aiškinamojo sprendimo esmė – alternatyvių sprendimų pasekmių aptarimas. „Logiškai" teisingų aiškinimų nėra; aiškinimas nėra loginis procesas.

Septinta, nėra visaapimančių teisingumo koncepcijų, kuriomis mūsų teisės sistema galėtų pasiremti duodama nurodymus teismams. (Šis teiginys siejasi su ankstesniu apie moralinių „realybių" nebuvimą). Korektyvus teisingumas ir gerovės maksimizacija turi svarbias, bet ribotas pritaikomumo sferas; pirmoji sąvoka atspindi atpildu paremto mąstymo liekanas teisėje ir visuomenėje, o antroji – pastovią utilitarinę, instrumentinę ir pragmatišką Amerikos visuomenės dvasią. Be to, distributyvus teisingumas atrodo visiškai beviltiškas ir dar turi būti įrodyta, kad literatūrinės, feministinės ar komunitarinės tendencijos gali daug kuo padėti teisės sistemai, kas būtų ir nauja, ir naudinga. Burke'o prudencializmas turi įspėjamąjį poveikį teisėje, bet tai gali būti viskas.

Ir aštunta, teisė turi funkcinį pobūdį, o ne išreiškiamąjį ar simbolinį tiek siekiuose, tiek – tokiu mastu, kokiu dar atrodo – tikrumoje. Todėl tose srityse, kuriose socialinė funkcija yra efektyvus išteklių paskirstymas, teisė pagrįstai pasiima savo dalį iš ekonomikos. Teisė nesidomi dvasiniais ar netgi protiniais dalykais. Ji išpažįsta griežtai bihevioristinę žmogaus veiklos, pakankamos jos tikslams ir paklūstančios jos priemonėms, sampratą. Dar reikia įrodyti, kad teisė keičia žmonių požiūrį į socialinių normų laikymąsi, kas skiriasi nuo jų paskatų keitimo.

Visa tai neskirta paneigti teisės neišvengiamumo arba jos įnašo į civilizuotą visuomenę svarbos. Bet tai reiškia mažiau nei patrauklų požiūrį į teisę. Tai labai skiriasi netgi nuo daugumos akademinių požiūrių į teisę.

Tačiau pragmatikas gali paklausti: kam reikalingas visas šis neigiamas vaizdavimas, šis kabinėjimasis, šis abejonių kartojimas? Aš neteigiu, kad teisės būklė liudija kapitalizmo arba liberalios valstybės krizę. Aš nepateikiau radikalių siūlymų padėčiai gerinti. Nors aš galiu įsivaizduoti tuos radikalius pokyčius teisės sistemoje, kurie skatintų teisines institucijas labiau gerbti mokslo metodologiją, tačiau nesu įsitikinęs, kad jie būtų pateisinami atsižvelgiant į konkuruojančias socialines funkcijas, kurias teisė atlieka. Todėl galima paklausti: ar aš nebaigiau pačiame mirties centre, pažeisdamas Voltaire'o paliepimą (patikslinantį Sokratą) būti nuosaikiam visame kame, įskaitant patį nuosaikumą?

Mano kolegos teisininkai nelaikys teisės, kurią aš apibūdinau, vien tik niūria monochroma; kai kurie jų netgi sakys, kad aš paskelbiau „teisės mirtį". Požiūris turi ir praktines, ir konceptualias reikšmes; ir tik keletą jų aš pamėginau nurodyti šioje knygoje. Šiek tiek anksčiau užsiminiau apie argumentus „už" ir „prieš" dėl teisėjų korpuso įvairovės, ir ši užuomina siejasi su nuolatiniu siūlymu steigti Tarpapygardinį teismą, kuris, vadovaudamasis Aukščiausiojo Teismo pavedimais, spręstų nesutarimus tarp federalinių apeliacinių teismų, kurių Aukščiausiasis Teismas neturi laiko spręsti.[3] Iš

[3] Žr., pavyzdžiui, Federalinio teismų centro leidinį *Report of the Study Group on the Case Load of the Supreme Court* (1972 m.); Note, „Of High Designs: A Compendium of Proposals to Reduce the Workload of the Supreme Court", 97 *Harvard Law Review*, p. 307 (1983); Arthur D. Hellman, „Caseload, Conflicts, and Decisional Capacity: Does the Supreme Court Need Help?", 67 *Judicature*, p. 28 (1983).

pirmo žvilgsnio atrodytų, jog teisinį neapibrėžtumą generuojančių ginčų sprendimas būtų besąlygiška gėrybė, ir vienintelis dėl tokio siūlymo kylantis klausimas būtų jo įgyvendinimo kaina (iš esmės – laiko sąnaudos), sunkumai dėl šio teismo personalo parinkimo ir t.t. Tačiau pragmatiškoje perspektyvoje pagrindinis rūpestis būtų susijęs su pavojumi pernelyg anksti baigti teisinį ginčą. Tarpapygardinis ginčas suteikia galimybę natūraliai pažvelgti į svarbiausią visos nacijos teismų sistemą. Žinoma, ginčas tęsiasi ir po to, kai teisėjai priima sprendimą, ir kartais tas jų sprendimas yra panaikinamas. Bet kai nacionalinis precedentas yra įtvirtinamas ir ima įgauti pasitikėjimą bei interesų grupių paramą, jį gali būti sunku panaikinti, kad ir kokia stipri jo kritika bebūtų. Taigi tarpapygardinis ginčas turi episteminę vertę, kurią reikia pasverti prieš neabejotiną teisinio apibrėžtumo praradimą dėl greito visų tarpapygardinių ginčų sprendimo būdo nebuvimo. Mano tyrimas taip pat atskleidžia poreikį rodyti palankumą prieštaraujančioms teisėjų nuomonėms. Jos nėra, kaip dažnai tai atrodo, darbo trikdymas (mano kaip teisėjo dažna reakcija). Jos silpnina teisės autoritarinį pobūdį, bet taip darydamos jos yra natūralaus tyrimo, kuriuo Amerikos teisė galbūt turėtų daugiau naudotis, pavyzdys. Cituojant Williamą Blake'ą – „be prieštaravimų nėra progreso".

Aš noriu akcentuoti mano tyrimo reikšmę moksliniam tyrimui: pavyzdžiui, išvadą 2 skyriuje, jog kruopštus tyrimas parodytų, kad specializuoti teismai yra mažiau, o ne labiau palankūs precedentui, palyginus su bendrosios kompetencijos teismais; išvadą 3 skyriuje, jog mes turime tirti valstybės neefektyvios teisės sistemos poveikį valstybės gerovei bei grįžtamąjį poveikį pačiai teisės sistemai; ir išvadą 6 skyriuje, jog nekalto asmens apkaltinimas yra mažiau, o ne labiau, kaip kas nors gali manyti, paplitęs aukšto nusikalstamumo lygio visuomenėje. Tyrimas taip pat gali turėti reikšmės mokymui (skandalinga, kad teisės studentai nemokomi darbo su statistikos duomenimis pagrindų), praktikai (advokatai turėtų kur kas labiau remtis faktais bei tam tikros srities politika nei tai jie daro dabar) ir teismams (teisėjai galiausiai turėtų atsisakyti formalistinio sprendimų priėmimo retorikos ir realybės). Aš pasiūliau naują priverstinio prisipažinimo modelio aiškinimą: vadovaujantis „nesavanoriškumo" antrašte kai kurie savanoriški prisipažinimai nelaikomi įrodymu baudžiamajame procese, kadangi jie yra nepatikimi, o kai kurie patikimi prisipažinimai nelaikomi įrodymu dėl to, kad jie yra nesavanoriški deterministiniu „laisvos valios" požiūriu; taip pat naują požiūrį į įstatymų aiškinimą. Aš taip pat apžvelgiau (arba paneigiau, kas iš esmės reiškia tą patį dalyką) teisinį pozityvizmą ir prigimtinę teisę.

Tačiau pati svarbiausia mano tyrimo reikšmė turi būti siejama su požiūriais. Tradicinių ir neotradicinių, liberalių ir radikalių požiūrių į jurisprudenciją turi būti atsisakyta, o teisės sistema iš naujo suvokta pragmatiniu požiūriu. Kai tai padaroma – be jokių praradimų išnyksta prieštara tarp teisinio pozityvizmo ir prigimtinės teisės. Be to, aš neteigiu, jog lengva pakeisti požiūrius.

Puolimas prieš pagrindus, pripažintas tiesas, tradiciją bei didžiąsias teorijas dažniausiai nulemtas – aš tai visuomet akcentavau – pragmatizmo tradicijos. Gaila, kad taip sunku apibrėžti tradiciją – tiek apskritai, tiek teisės atžvilgiu. Visuotinai pripa-

žįstama pragmatizmo istorija prasideda nuo Charleso Sanderso Peirce'o, nors jis pats pagrindinę idėją paėmė iš savo kolegos teisininko Nicholaso St. Johno Greeno. Iš Peirce'o estafetės lazdelė buvo perduota Williamui Jamesui, paskui – Johnui Dewey, George'ui Meadui bei britų pragmatikui F. Schilleriui. Pragmatizmo judėjimas reikšmingai darė įtaką teisinio realizmo intelektiniams kontūrams bei turiniui. Tačiau artėjant Antrajam pasauliniam karui tiek filosofinis pragmatizmas, tiek teisinis realizmas atrodė išsikvėpę; pirmąjį išstūmė loginis pozityvizmas ir kitokia „sunkioji" analitinė filosofija, o antrasis absorbavosi į teisės kryptį ir ypač į „teisinio proceso" mokyklą, kuri pasiekė savo epogėjų 6-ąjį dešimtmetį. Paskui pradedant 7-ąjį dešimtmetį vykusiu loginio pozityvizmo nykimu, pragmatizmas sugrįžo Richardo Rorty asmenyje; vėliau, 8-ąjį dešimtmetį, sekė kritinės teisės studijos – radikalus teisinio realizmo palikimas, o 9-ąjį dešimtmetį – teisės neopragmatikų, įskaitant keletą feministų, mokykla. Pragmatizmas, tiek savo pirmine forma, tiek savo neoįvairove, simbolizuoja pažangesnį ir ryžtingesnį Švietimo epochos dualizmų, tokių kaip subjektas ir objektas, protas ir kūnas, suvokimas ir tikrovė, forma ir esmė, atmetimą, laikydamas juos konservatyvios socialinės, politinės ir teisės sistemos ramsčiais.

Tačiau šis vaizdas yra pernelyg supaprastintas. Mokslo, ypač Newtono fizikos, laimėjimai 17 ir 18 a. didžiausius mąstytojus įtikino, kad fizinis pasaulis turi bendrą struktūrą, prieinamą žmogaus protui; ėmė atrodyti, jog ir žmogaus prigimtis bei žmonių socialinės sistemos gali turėti panašią mechaninę struktūrą. Šis atsiradęs požiūris į supantį pasaulį pastūmėjo žmones į stebėtojo vaidmenį. Per suvokimą, vertinimą ir matematiką žmogaus protas gali atskleisti gamtos paslaptis, įskaitant patį protą kaip gamtos dalį bei socialinio bendravimo taisykles: taisykles, įtvirtinusias subalansuotą valdžios sistemą, ekonominę elgseną pagal pasiūlos ir paklausos principus, taip pat moralinius ir teisinius principus, pagrįstus nekintamais psichologijos ir žmogaus elgesio dėsniais. Protas tapo kamera, fiksuojančia gamtos ir socialinius įvykius, nulemtus gamtos dėsnių.

Šį požiūrį, iš esmės mokslinį, tačiau persmelktą platoniškojo už jausminių įspūdžių chaoso slypinčio tvarkos pasaulio supratimo, ginčijo Romantizmo poetai (tokie kaip Blake'as ir Wordsworth'as) bei filosofai. Jie akcentavo pasaulio plastiškumą ir ypač žmogiškosios vaizduotės galią. Institucinius suvaržymus, kaip ir visus kitus žmogiškųjų aspiracijų apribojimus, jie niekino kaip grynai sąlyginius; mokslą jie laikė niūriu dalyku; jie šlovino bendrumo – santarvės su žmonija ir gamta – jausmą, neribotų galimybių jausmą, kurį jaučia vaikas. Jie buvo Prometėjo šalininkai. Svarbiausias šios mokyklos atstovas iš Amerikos buvo Emersonas, o jo idėjos darė įtaką Peirce'o ir Holmeso mintims. Emersono šalininkas (ir garbintojas) Europoje buvo Nietzsche. Negalima sakyti, kad Peirce'as ar Holmesas arba netgi Nietzsche buvo „romantikai" tikrąja šio žodžio prasme (jei yra tokia tikroji prasmė). Jie tik siekė perkelti dėmesį nuo pasyvaus, kontempliuojančio santykio tarp stebinčio subjekto ir objektyvios realybės, gamtinės arba socialinės, prie aktyvaus, kuriančio santykio tarp aktyvių žmogiškųjų būtybių ir problemų, kurios jas supa ir kurias jos nori išspręsti. Jie manė, kad mąstymas yra valios pasireiškimas, priemonė įgyvendinti žmogiškuosius troškimus (ir čia

mes matome pragmatizmo ir utilitarizmo ryšį), ir kad socialiniai institutai – mokslas, teisė ar religija – yra žmogiškųjų troškimų pasekmė, o ne realybės, esančios už tų troškimų, atspindys.

Ši apžvalga turi padėti mums suprasti, kodėl sąvoka „tiesa" yra problemiška pragmatikui. Jos pagrindinė prasmė galiausiai yra stebėtojo nepriklausomumas, t.y. būtent tai, ką pragmatikas yra linkęs neigti. Todėl nieko nuostabaus, kad pragmatikų mėginimai apibrėžti tiesą – tiesa yra tai, kuo per ilgą laiką lemta patikėti (Peirce'as), tiesa yra tai, kuo yra naudinga tikėti (Jamesas), arba tiesa yra tai, kas išlieka idėjų konkurencijoje (Holmesas) – yra draskomi paradoksų. Iš tikrųjų pragmatikas domisi visai ne tiesa, o tikėjimu, pateisinamu socialinės reikmės.

Ši reikmė pragmatiko nedaro priešiško mokslui – toli gražu ne; tačiau ji akcentą mokslo filosofijoje perkelia nuo gamtos dėsnių atradimo stebėjimo būdu į teorijų apie gamtą (įskaitant žmogų ir visuomenę) formulavimą, remiantis žmogaus troškimu numatyti ir kontroliuoti savo aplinką, tiek socialinę, tiek gamtinę. Išvada, vėliau tapusi aiški Thomo Kuhno darbuose, yra ta, kad mokslo teorijos yra labiau žmogaus poreikių ir siekių, o ne gamtoje susiklosčiusios tvarkos atspindys, dėl ko teorijų seka konkrečiu klausimu neprivalo mokslo pažinime sudaryti linijinio augimo. Mokslas pragmatiniu požiūriu yra socialinė veikla.

Pragmatizmo dvasia neapsiriboja saujele filosofų, kurie pasivadino pragmatikais (ta saujelė labai maža – pats Peirce'as, pradininkas, paneigė šią sąvoką nesutikdamas su Williamu Jamesu pateiktu jos apibrėžimu). Pragmatizmo konkurentas – loginis pozityvizmas – akcentuojantis įrodymo galimumą ir iš to sekantį priešiškumą metafizikai, yra pragmatiškas reikalaudamas, kad ši teorija skirtų faktų, t.y. empirinį, pasaulį. Popperio falsifikacinė mokslo filosofija artima Peirce'o požiūriui į mokslą, kadangi abiejose filosofijose abejonė yra pažangos variklis, o tiesa – amžinai tolstantis tikslas, o ne laimėjimas. Wittgensteino akcentas ant žinių „socialumo" rodo jį esant pragmatiką, o Habermasas pripažino pragmatikų įtaką jo šnekamajai („konversacinei") racionalumo teorijai. Akivaizdu, jog susiduriame su nepaprastai įvairiapusiška tradicija, o ne su bendra, nuoseklia minties mokykla.

Vėliau pragmatizmas imtas laikyti kairiojo sparno ideologija, socialinių institucijų reikšmės garbinimu. 12 skyriuje pateiktas neseno Richardo Rorty straipsnio aptarimas parodo to priežastis, o pats Rorty nėra netgi neopragmatizmo judėjimo kairiajame sparne. Tačiau ryšys tarp pragmatizmo ir socializmo yra atsitiktinis. Rorty yra romantikas, o tai tėra tik vienas iš pragmatizmo pasireiškimų. Pragmatizmas ta prasme, kurią aš laikau priimtina, reiškia žiūrėjimą į problemas konkrečiai, pagrindžiamai, be iliuzijų, visiškai suvokiant žmogaus proto ribas, jaučiant žmogaus žinių „lokalumą", bendravimo tarp skirtingų kultūrų sunkumus, „tiesos" nepasiekiamumą, iš to kylančią svarbą neslėpti skirtingų tyrinėjimo kelių, tyrinėjimo priklausomumą nuo kultūros ir socialinių institucijų ir, visų svarbiausia, reikalavimą, kad socialinis mąstymas ir veikla būtų vertinami kaip instrumentai siekti vertingų žmogiškųjų tikslų, o ne kaip savaiminiai tikslai. Šie teiginiai, labiau būdingi mokslininkams nei teisininkams (dažniausiai pragmatizmas yra mokslinio tyrimo etika), politinio valentiškumo neturi. Aš tikiu,

jog jie gali tik nurodyti būdą aiškiau suprasti teisę. Teisė, kaip ji dabar suprantama mokslininkų ir teisėjų, atrodo pernelyg teokratiška. Pernelyg akcentuojamas autoritetas, tikrumas, retorika ir tradicija, o pernelyg mažai – pasekmės bei socialinės-mokslinės priemonės toms pasekmėms įvertinti. Pernelyg daug yra pasitikėjimo, pernelyg mažai noro pažinti bei dėmesio kitų disciplinų indėliui. Pati jurisprudencija yra pernelyg formali ir išpuikusi. Jos garbintojai rašo pernelyg šaltai, griežtai ir nuobodžiai. Teisė ir religija ilgą laiką buvo susipynusios, ir nemažai paralelių bei susipynimų išlieka.[4] Teisė taip pat turi savus šventikus, šventus tekstus ir šventas „karves", savas hermeneutines paslaptis, savas mantijas ir šventoves, ritualus bei ceremonijas.

Žinoma, daug kas, dėl ko reiškiu nepasitenkinimą, yra tik išorė, o ne esmė, nes apskritai teisę nulėmė praktiniai poreikiai (tas pats gali būti tiesa ir kalbant apie religiją). Reikšmingi teismų sprendimai, tokie skirtingi kaip *Farwell* (bendradarbio byla) ir *Barnette* (antroji vėliavos pagerbimo byla), – vienas konservatyvus, o kitas liberalus, taip kaip šios sąvokos yra vartojamos šiandien; vienas pagrįstas bendrąja teise, o kitas – konstitucine teise; vienas priimtas 1842 metais, o kitas – 1943 metais – yra absoliučiai pragmatiški. Vis dėlto teisei reikia daugiau mokslo dvasios nei ji jos turi: tyrimo, prieštaravimo, falibilizmo dvasios, plataus akiračio, atidumo faktams ir pokyčių akceptavimo. Aš vartoju žodį „dvasia" apgalvotai. Aš nekalbu apie mokslinio diskurso detales, nors, be to, ekonomika ir kiti socialiniai mokslai turėtų turėti didelę reikšmę bet kurioje šiuolaikinėje teisės sistemoje.[5]

Aš laikau pragmatizmą stiprinančiu; kiti jį gali laikyti paralyžiuojančiu. Pragmatiko skeptiškumas dėl „tiesos", pavyzdžiui, galėtų būti palaikytas silpninančiu tautos ištikimybę žodžio laisvės principui. Jeigu tiesos „čia" nėra, kaip žodžio laisvė gali būti apginta pasiremiant jos efektyvumu artinant mus prie tiesos?[6] Iš tikrųjų tai nėra toks sudėtingas klausimas. Jei tiesa mus supančiame pasaulyje neegzistuoja, tai turi priversti mus būti ypač atsargiems su žmonėmis, kurie teigia radę tiesą ir kurie įrodinė-

[4] Apskritai žr. Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (1988). Vienas potencialiai konstruktyvus susipynimas – teisininko ir teologo bendras domėjimasis praktiniu mąstymu. 2 skyriuje citavau kardinolo Newmano veikalą *Grammar of Assent*; čia pridedu Nicholas Rescher, *Pascal's Wager: A Study of Practical Reasoning in Philosophical Theology* (1985).

[5] Holmeso 1897 m. paskelbta pranašystė pagaliau pildosi: „Racionaliam teisės nagrinėjimui žmogus, besiremiantis vien tik parašytu žodžiu, gali reikšti dabarties žmogų, tačiau ateities žmogus yra tas, kuris išmano statistiką ir ekonomiką ... Aš laukiu tokio laiko, kada istorijai teikiama dalis dogmos aiškinime taps labai maža, ir vietoj sumanaus [istorinio] tyrimo mes nukreipsime savo energiją nagrinėti tikslus, kurių norėta pasiekti, bei to norėjimo priežastis. Man atrodo, jog žingsnis to idealo link būtų tada, kai kiekvienas teisininkas norėtų išmanyti ekonomiką ... Esant dabartinei politinės ekonomijos būklei ... mes esame pašaukti svarstyti ir vertinti teisės aktų tikslus, būdus jiems pasiekti bei kainą. Mes žinome, kad dėl visko turime kažko atsisakyti, ir mes išmokyti lyginti gaunamą naudą su kita nauda, kurią dėl to prarandame, taip pat žinoti, ką turime daryti kai apsisprendžiame." „The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review*, p. 457, 469, 474 (1897).

[6] Žr. C. Edwin Baker, „Scope of the First Amendment Freedom of Speech", 25 *UCLA Law Review*, p. 964, 974–981 (1978).

ja, jog tolesnis tyrimas būtų bergždžias arba žalingas ir dėl to turi būti uždraustas. Be to, jei objektyvios tiesos nėra, dar svarbesniu uždaviniu tampa užtikrinti sąlygas, būtinas laisvam tyrimui, kurio reikia ginčyti ir paneigti visas tas klaidingas pretenzijas apie tiesos atradimą. Egzistuoja teiginys, jei ne pagrindinė tiesa,[7] o falibilistinė pažinimo teorija tai akcentuoja, kad, kaip mokslinio ir kitokių pažinimo formų augimo prielaida, reikia nuolatinio pripažintų „tiesų" tikrinimo ir pertikrinimo, nuolatinio šventų „karvių" paneigimo, trumpai tariant – įsipareigojimo dėl natūralaus ir nekliudomo tyrimo be jokio reikalaujamo arba suteikto intelektualinio pasigailėjimo.

Ši teorija yra atsargi dėl siūlymo mokslinę išraiškos laisvę saugoti mažiau nei politinę dėl to, kad mokslo tiesa yra objektyviai apibrėžiama ir dėl to jos negalima palikti idėjų turgaus sąmyšyje, arba apriboti meninės raiškos apsaugą dėl tokios akivaizdžiai nepagrįstos priežasties, kad grožinė literatūra parazituoja faktų atžvilgiu ir dėl to yra mažiau svarbi nei faktas.[8] Jeigu, solidarizuodamiesi su pragmatiko skeptiškumu, mes atmetame esmines meno idėjas bei moralines-realistines nepadorumo idėjas, mes paneigiame teismų kompetenciją pasmerkti ekspresyvius kūrinius dėl to, kad jų nepadorumas nusveria jų meninę vertę.[9] Šioje knygoje esantis akcentas į metaforos ir kitų „šilto" argumento formų svarbą teisiniams pokyčiams reiškia dar vieną argumentą prieš aiškiai išsiskiriantį racionalumą, ir netgi būtų galima pasisakyti už teismo kalbos apibrėžimą plačiau nei teismai tai iki šiol darė, kad ji apimtų dokumentų projektų deginimą bei kitą ekspresyvią veiklą, kuri dabar laikoma labiau „veika" nei „kalba".[10] Šiltos retorikos pavojus tas, kad ji taps karšta – šiuo atveju turiu mintyse ne kieno nors vizitinės kortelės sudeginimą, bet oponentų puolimą fizine prasme. Smurtas priverčia žmones pakeisti jų perspektyvas ir pragmatizmas, nepaisant viso jo dėmesio neprievartiniam tyrimui, susiduria su sunkumais nubrėžiant ir apginant ribą tarp taikių ir prievartinių priemonių pakeisti žmonių nuomonę. Tačiau pragmatikas nežiūrės abejingai į kalbos laisvės kainą, įskaitant išlaidas, susijusias su policijos apsaugos suteikimu visuomenės sąskaita kalbėtojams, kurie trokšta išprovokuoti smurtą.

Nors Amerikos teisininkai įnešė reikšmingą įnašą į žodžio laisvės teorijos plėtrą, jų požiūris į pačią teisę yra labiau dievobaimingas ir nuolankus nei tyrinėjantis ir kritiškas. Tačiau teisė yra ne šventas tekstas, o paprastai socialinė praktika, neapibrėžtai

[7] Kaip tai tvirtai įrodinėjama Peterio Munzo veikale *Our Knowledge of the Growth of Knowledge: Popper or Wittgenstein?* (1985).

[8] Šias idėjas iškėlė Frederickas Schaueris. Žr. *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, p. 32–33 (1982); „Liars, Novelists, and the Law of Defamation", 51 *Brooklyn Law Review*, p. 233, 266 (1985). Schaueris iš tikrųjų pastebi ir pritaria teiginiui, jog falibilistinės mokslo teorijos palaiko episteminę laisvos idėjų rinkos mintį. Žr. *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, p. 25. Tačiau apskritai jis yra skeptiškas tos minties atžvilgiu.

[9] Šis argumentas išplėtotas Richardo A. Posnerio straipsnyje „Law for Art's Sake", 58 *American Scholar*, p. 513 (1989).

[10] Nors ir pripažindamas savo ankstesnį sprendimą, kuriuo nubaudimas už dokumento sudeginimą buvo pripažintas teisėtu, Aukščiausiasis Teismas dabar nusprendė, kad teisę sudeginti vėliavą saugo Konstitucija. Žr. Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533 (1989).

ribojama etinių ir politinių įsitikinimų. Todėl teisinių aiškinimų ir kitokių teisinių teiginių pagrįstumą geriausia vertinti tikrinant jų išvadas realiame pasaulyje. Tai yra pagrindinis šios knygos tvirtinimas. Tai teigdamas aš neturiu tikslo paneigti, kad teisės tradicija apima didelę socialinę vertę turinčias įžvalgas bei jautrumus. Teisės viešpatavimas yra tikras, iš tikrųjų neįkainojamas, viešasis gėris – vienas tų, dėl kurių tokie formalistai kaip Coke'as įnešė didžiulį indėlį. Atsisakymas pripažinti šiuos indėlius yra viena iš kritinių teisės studijų atstovų klaidų. Tačiau teisėje egzistuoja tendencija žiūrėti labiau atgal nei į priekį – ieškoti esmių nei sutikti su empirinė kaita. Teisininkų nesidomėjimas tyrimais yra stulbinantis, sukeliantis abejonių dėl jų tikėjimo ekspresyviomis, simbolinėmis bei normas užtikrinančiomis teisės pasekmėmis.

Nepanašu, jog situacija gali pasikeisti dėl (toliau vartojant religinę metaforą) pamokslavimo. Jos šaknys giliai slypi teisinio mokymo pobūdyje, kuris savo ruožtu atspindi profesinę šimtmečių senumo praktiką bei tradicijas. Teisėjai ir kiti teisininkai neturi laisvo laiko arba įgūdžių sistemiškai vykdyti teisės priežasčių ir pasekmių tyrimus. Tai yra akademinių sluoksnių darbas. Tačiau teisės mokyklos laiko savo funkcija rengti teisės profesionalus, o ne teisės mokslininkus. (Tam egzistuoja pakankamos ekonominės priežastys.) Šis akcentas grindžiamas tuo, kad įgūdžių, žinių ir tradicijų perteikimas yra svarbiausi efektyviam teisės praktikavimui, o tai reiškia teisėjo ir praktikuojančio teisės doktrininio tyrimo ir teisinio argumentavimo įgūdžių, teisinių doktrinų bei tradicijų žinojimą.

Įvade minėjau, kad teisės studijos prasideda *in medias res*, ir dabar priduriu, jog šis procesas užkerta kelią kritinei, išorinei perspektyvai. Jis vaizduoja teisę kaip kažką, kas nekvestionuojama, kas egzistavo visada ir maždaug jos šiuolaikine forma. Per kelis mėnesius po įstojimo į teisės mokyklą studentas praranda išorinę perspektyvą. Šioje šalyje (JAV) studentai, išskyrus užsieniečius, turi labai mažai galimybių tęsti podiplomines teisės studijas ir mažai pastangų dedama tam, kad būtų parengtas teisės studentas, kuris vieną dieną galėtų tapti teisės profesoriumi, turinčiu įgūdžių, žinių ir pažiūrų, reikalingų tyrinėti teisės priežastis, tiesioginę ir netiesioginę teisės įtaką elgesiui, kitų tautų patirtį teisės srityje bei mokslinius teisės sistemos dėsnius. Matematinio modeliavimo, statistinės analizės, apžvalgų tyrimo ir eksperimentavimo įgūdžiai; žinios apie teisės institucijas čia (JAV) ir užsienyje, kitų su teise susijusių disciplinų (ekonomikos, politinių mokslų, statistikos, filosofijos, psichologijos) atitinkamų dalių išmanymas; mokslo etika – visa tai dažniausiai yra ignoruojama. Šis ignoravimas priešpriešinamas teisės mokyklų pastangoms perteikti įgūdžius, kuriais teisinėje praktikoje tiesiogiai naudojamasi. Todėl nekeista, kad teisinis išsilavinimas ir teismų atliekama analizė yra tokie neoriginalūs, neempiriniai, standartiniai ir atitrūkę nuo realybės, pernelyg žodiniai ir argumentaciniai (iš tikrųjų – daugiažodžiai ir poleminiai), pernelyg mažai sutelkti į doktrininius klausimus, pavergti naujausių Aukščiausiojo Teismo sprendimų, akcentuojantys trumpalaikius ir bereikšmius požymius vietoj ryškių, mokslinių bei apibrėžiančių. Akademinis mokslas nepateikia žinių, kurių teisėjams, teisininkams ir įstatymų leidėjams reikia, kad jie galėtų tvarkyti šiuo-

laikinę teisės sistemą; be to, nėra jokios kitos institucijos, galinčios tokias žinias duoti. Jeigu šie dideli akademinės teisės trūkumai nebus pašalinti, vargu ar ambicingos teisės tobulinimo programos bus sėkmingos.

Pripažinkime problemas pastebėdami, kad teisę supa klaidos ir nepagrįsti reikalavimai, metantys šešėlį ant visos sistemos. Laikas būtų mums to atsikratyti. Aš baigiu, kaip ir pradėjau, Williamo B. Yeatso citata – šį kartą iš „A Coat", pasirinkta siekiant pabrėžti teisėjo mantijos kaip teismo simbolio svarbą: „Vaikščioti nuogam/reikia daugiau pastangų."

PAVARDŽIŲ RODYKLĖ

J

K

L

M

N

P

R

S

T

U

W

Dalykinė rodyklė

T

U

Posner, Richard A.

Po198 Jurisprudencijos problemos / Richard A. Posner. – Vilnius : Eugrimas, 2004. – 397 p. – (Atviros Lietuvos knyga : ALK, ISSN 1392-1673)

Pavardžių ir dalyk. r-klės: p. 393-397.
ISBN 9955-501-60-X

1990 m. išleistoje knygoje **Jurisprudencijos problemos** *Richard A. Posner* svarsto, ar teisė pajėgi rasti atsakymus į sudėtingiausius teisinius klausimus. Analizuodamas teisėjų mąstymą sudėtingose bylose, autorius atskleidžia dviejų konkuruojančių teisės filosofijos doktrinų – vienos, teigiančios, kad teisė yra aukščiau politikos, ir kitos, tvirtinančios, kad teisė pati yra politika, – trūkumus. *Richard A. Posner* argumentuoja savo nuomonę „už" pragmatišką jurisprudenciją, kuri turėtų atsisakyti perdėto teisės izoliuotumo ir naudotis visomis prieinamomis teorinėmis ir praktinėmis žiniomis.

Nors knygoje remiamasi JAV teise ir teismų praktika, joje nagrinėjamos teisinės minties, moralinės ir politinės filosofijos esminės problemos yra bendros ir aktualios bet kurios šalies teisininkams, ir pirmiausia – teisėjams. Ši knyga bus įdomi ir naudinga filosofijos, politikos ir sociologijos specialistams, studentams, taip pat visiems, besidomintiems teismų sprendimų paieškos metodologija ir jų vertinimu visuomenėje.

UDK 340.12

Richard A. Posner
JURISPRUDENCIJOS PROBLEMOS

Dailininkas *Algimantas Dapšys*
Dizainerė *Nijolė Juozapaitienė*

2004-02-23. Tiražas 1200 egz.
Išleido UAB leidykla „Eugrimas", Šilutės g. 42a-1, LT-2042 Vilnius
Tel./faks. (8~5) 2733955, info@eugrimas.lt

Spaudė Standartų spaustuvė, S. Dariaus ir S. Girėno g. 39, LT-2038 Vilnius

Richardas Allenas Posneris (g. 1939) – vienas ryškiausių šių dienų JAV teisės mokslininkų, pasak Ronaldo Dworkino, „teisės pasaulio stebuklas". Posnerio veikalai – plataus ir įvairiapusio teisės traktavimo pavyzdys, kur teisė „gyvena" teisės aktuose, bet yra neatsiejama nuo jos kūrėjų patirties ir asmenybių. Provokuojantis Posnerio žvilgsnis aprėpia įvairias sritis – antimonopolinę teisę, deliktų teisę, baudžiamąją teisę, konstitucinę teisę, sveikatos teisę, teisės teoriją ir filosofiją, teisingumo teorijas, daugelį kitų dalykų. Posneris – vienas teisės ir ekonomikos studijų naujos krypties teisės moksle kūrėjų.

Posneris yra studijavęs Sirakūzų, Džordžtauno, Jeilo, Harvardo universitetuose. Čikagos universiteto Teisės mokyklos profesorius. Daugelio JAV ir kai kurių Europos universitetų garbės daktaras. Nuo 1981 m. Posneris – Jungtinių Valstijų septintosios apygardos apeliacinio teismo teisėjas (1993–2000 m. – pirmininkas). Jo veikaluose susilieja mokslinė analizė ir teisininko praktiko patirtis.

Posnerio bibliografija išties įspūdinga – apie 500 knygų ir straipsnių. Žymiausios knygos (kai kurios leistos ne kartą): *Teisės ekonominė analizė* (1973, paskutinis leidimas 2003); *Antimonopolinė teisė: Ekonominis požiūris* (1976); *Teisingumo ekonomika* (1981); *Federaliniai teismai: krizė ir reforma* (1985, paskutinis leidimas 1996); *Teisė ir literatūra: Neteisingai suvoktas santykis* (1988, paskutinis leidimas 1997); *Seksas ir protas* (1992); *Teisės įveikimas* (1995); *Moralės ir teisės teorijos problematika* (1997); *Valstybės romanas: Prezidento Clintono tyrimas, apkalta ir procesas* (1999); *Teisė, pragmatizmas ir demokratija* (2003) ir kt.

Ne mažiau įspūdingas ir Posnerio dėstomų universitetinių disciplinų sąrašas: administracinė teisė; antimonopolinė teisė; teisės ekonominė analizė; teisės normų konkurencija; pramonės reguliavimas; teisė ir literatūra; įstatymų leidybos procesas; šeimos teisė; primityvioji teisė, civilinis procesas; deliktų teisė; įrodymai; sveikatos teisė ir ekonomika; jurisprudencija (teisės teorija); teisinių idėjų istorija.

Jurisprudencijos problemos greta *Teisės ekonominės analizės* – vienas žinomiausių Posnerio veikalų. Tirdamas, kaip teisėjai sprendžia bylas, Posneris parodo, kokią reikšmę šiame procese turi neformalūs teisinio argumentavimo metodai. Jo jurisprudencijoje vengiama formalizmo. Nei įstatymai, nei jų aiškinimas ar taikymas neatsiejami nuo visuomenės socialinių tikslų ir vertybių. Posneris – vienas vadinamosios pragmatinės jurisprudencijos lyderių.

Lietuvos skaitytojui Posnerio knyga – ne tik dar vienas teisės teorijos veikalas, bet ir puikus įvadas studijuojant, kokios pamatinės jurisprudencijos problemos iškyla taikant teisę ir kaip jos traktuojamos sprendžiant konkrečias teisines bylas.

Dr. Egidijus Kūris

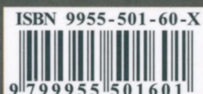
Lietuvos Konstitucinio Teismo pirmininkas

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su šiuolaikinių humanitarinių ir socialinių mokslų veikalais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ATVIROS LIETUVOS KNYGA



ISBN 9955-501-60-X



ISSN 1392-1673

Rekomenduojama kaina 38 Lt

www.eugrimas.lt